



This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

- + *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
- + *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
- + *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
- + *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at <http://books.google.com/>



3 2044 103 176 483



**HARVARD LAW SCHOOL
LIBRARY**

FRANCE.

18 Doucigen 34
FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DE LA TRADITION ET DE SES EFFETS
EN DROIT ROMAIN

Des effets de la transcription des actes translatifs de
propriété immobilière

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE

Le jeudi 26 juin 1879, à 1 heure.

PAR

R. Lenepveu Boussaroque de la Font.

Président :

M. BUFNOIR,

Professeur.

MM. VUATRIN

Professeurs.

LABBÉ

CASSIN

LYON-CAEN

LEFÈVRE

Agrégés.

Suffragants :

PARIS
IMPRIMERIE DE CHARLES NOBLET
13, RUE CUJAS, 13

1879

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DE LA TRADITION ET DE SES EFFETS
EN DROIT ROMAIN

Des effets de la transcription des actes translatifs de
propriété immobilière
EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE

Le jeudi 26 juin 1879, à 1 heure.

PAR

R. Lenepveu Boussaroque de la Font.

<i>Président :</i>	M. BUFNOIR,	<i>Professeur.</i>
	MM. VUATrin	<i>Professeurs.</i>
	LABBÉ	
<i>Suffragants :</i>	CASSIN	<i>Agrégés.</i>
	LYON-CAEN	
	LEFÈVRE	

PARIS
IMPRIMERIE DE CHARLES NOBLET
13, RUE CUJAS, 13
—
1879

FRANCE

FOR TX

L.

JUN 27 1921

A MON PERE

—

A MA MERE

DROIT ROMAIN

PREMIÈRE PARTIE.

I

INTRODUCTION

1. La transmission de la propriété n'a jamais eu lieu en droit romain sans des formalités extérieures, la *mancipatio*, l'*in jure cessio*, la tradition. La *mancipatio* et l'*in jure cessio* subsistèrent jusqu'à Justinien. Mais longtemps avant leur suppression légale elles avaient disparu dans l'usage et dans les mœurs, et la tradition était devenue le mode général de transmission de la propriété. Le Code proclame la nécessité de la tradition dans des termes qui en prouvent l'importance fondamentale (*traditionibus et usucapionibus dominia rerum non nudis pactis transferuntur*) (L. 20, C. *De pactis*).

C'est la tradition considérée comme mode translatif de propriété qui sera l'objet de cette étude.

CHAPITRE PREMIER.

DÉFINITION. DOMAINE DE LA TRADITION.

La tradition est la remise de la possession.

2. C'est un mode d'acquisition du droit des gens et non une création de la loi, comme les modes civils, admis seulement *inter cives*.

Cette distinction, qui avait perdu toute son importance au temps de Justinien, était très importante encore du temps de Gaius. Voici quels en étaient les intérêts :

1° Les modes *juris gentium* sont communs aux citoyens romains et aux pérégrins.

2° Ils ne s'appliquent qu'à des choses spéciales, *singulares res*, et non aux *universitates*. Donc, ils n'emportent pas charge de dettes.

3° Ils ne s'appliquent qu'aux choses corporelles *in commercio* : « *Incorporales res traditionem non recipere manifestum est.* » (Gaius, Comm. II, § 28 ; 43, § 1, D. 41, 1).

4° Ils sont fondés sur la possession : d'où la double conséquence suivante : *a.* ils ne peuvent

procurer des démembrements civils de propriété comme l'usufruit ou une servitude (Frag. Vat. § 45 et 47). Car ce sont des choses incorporelles auxquelles la possession ne peut s'appliquer. Mais ils peuvent transférer la propriété quiritaire comme les modes de droit civil : ainsi la tradition fera acquérir la propriété des choses *nec Mancipi* et l'occupation celle des choses *Mancipi* et *nec Mancipi*.

b. — Ils admettent l'acquisition *per extraneam personam* : car la possession est une chose de fait (Fr. 20, § 2, D. 41, 1).

3. Le domaine de la tradition semble restreint, si nous nous en rapportons strictement à ce texte d'Ulpien : « *Traditio propria est alienatio rerum nec Mancipi.* » (Ulpien, *Reg. juris*, t. 19, § 7). Il ne faut cependant pas conclure de ce texte que la tradition d'une *res Mancipi* était dénuée d'effet. Lorsque le propriétaire d'une chose *Mancipi* l'a simplement livrée, il peut la *revendiquer* dans la rigueur du vieux droit. Mais le prêteur, au nom de l'équité, permet à l'*accipiens* de repousser le *tradens* par l'exception de dol. Le *tradens* a-t-il ensuite aliéné la même chose avec toutes les formalités de la *Mancipatio* au profit d'un second acquéreur, le premier acquéreur opposera au second l'exception *rei venditæ* et tra-

ditæ. Il peut, dans le cas où il a perdu la possession, agir par l'action *Publicienne*, grâce à laquelle il est traité comme s'il avait usucapé. Au fond, malgré l'inobservation des formalités prescrites, l'*accipiens* a une véritable propriété à laquelle le nom manque seul. Il n'a pas le *dominium*; il a la chose *in bonis*.

4. En somme, celui qui a la chose *in bonis* jouit des mêmes avantages que celui qui a le *dominium ex jure Quiritium*. Mais leur situation juridique est différente.

1° Celui qui a la chose *in bonis* ne peut pas la *revendiquer*. Il ne peut qu'agir par la *Publicienne*.

2° S'il veut aliéner, il ne peut employer comme mode de transmission que la tradition. Il ne peut employer la *mancipatio* ou la *cessio in jure*, moyens du droit civil.

3° On ne peut léguer *per vindicationem* ce qu'on a *in bonis*.

4° Un esclave m'a été livré : je ne puis pas en l'affranchissant le rendre citoyen romain : il ne devient que *Latin*.

5° Enfin si un esclave m'a été livré et que je veuille l'affranchir, je ne serai pas appelé à sa tutelle légitime.

CHAPITRE II.

ÉLÉMENTS DE LA TRADITION. SES PROCÉDÉS.

5. La tradition est une opération complexe. Elle se compose : 1° d'un élément matériel. Il faut une remise de la chose, du *corpus*.

2° D'un élément intentionnel. Il faut que le *tradens* ait l'intention d'aliéner et l'*accipiens* l'intention d'acquérir. C'est ce qu'on exprime ordinairement en disant que le *tradens* abdique, tandis que l'*accipiens* acquiert l'*animus domini*.

3° Faut-il reconnaître dans la tradition un troisième élément, la *justa causa* ? C'est un point douteux que nous étudierons plus loin.

Il faut de plus que le *tradens* soit capable d'aliéner en droit et en fait :

Que l'*accipiens* soit capable d'acquérir.

Il faut enfin que la chose soit susceptible de tradition.

6. Nous nous occuperons d'abord de la remise du *corpus* ou des équivalents par lesquels cette remise a été remplacée dans la pratique.

Pour un immeuble, un fonds de terre, par

exemple, je reçois la tradition lorsque j'entre en possession du consentement du *tradens* (L. 2, C. 7, 32). Il n'est pas nécessaire que l'*accipiens* entre en possession en vertu d'un écrit. Le consentement du *tradens* suffit (L. 12, C. 4, 38, *De cont. empt.*) Mais le paiement des impositions ne prouve pas la tradition (L. 8, C. 4, 49). S'il s'agit de la tradition de quelque chose qui tient au sol, elle est considérée comme ayant eu lieu, dès que la matière en a été extraite (L. 6, D. 39, 5).

Pour les meubles, le mode de tradition le plus ordinaire et le plus simple est la tradition de la main à la main. Mais il n'est pas nécessaire qu'il y ait contact corporel. Il peut y avoir tradition sans que l'*accipiens* ait reçu la possession physique de la chose.

7. Le mode de tradition qui a le plus de rapports avec la livraison physique de la chose, est celui que les interprètes ont appelé tradition de *longue main*. On entend par là que c'est plutôt avec les yeux que l'*accipiens* est censé prendre possession. Ainsi le *tradens* montre à l'*accipiens* le champ qu'il veut lui livrer, ou le vendeur fait apporter l'objet sous les yeux de l'acquéreur (L. 79, D. 46, 3). C'est ce que dit le jurisconsulte Paul dans la L. 1, § 21, D. 41, 2, « *non est*

necesse corpore et actu adprehendere possessionem, sed etiam oculis. »

8. A cette tradition *longa manu* Paul rattache (même Loi 1, D. 41, 2) le cas où le *tradens* donne les clefs d'un grenier, par exemple, à l'acquéreur. La tradition est considérée comme ayant eu lieu. Un texte de Gaius exprime la même idée (9, § 6, D. 41, 1). Il résulte du texte des *Institutes*, § 45 *De div. rer.*, que la translation de propriété a lieu dans ce cas sans tradition. Nous pensons cependant qu'il y a ici véritable tradition, puisque l'*accipiens* a été réellement mis en possession de la chose. Et il faut l'admettre d'autant plus que le texte des *Institutes* doit être corrigé selon nous par un texte de Papinien (L. 74, D. 18, 1). Papinien décide que, pour que la tradition soit censée faite, il faut que les clefs aient été remises *apud horrea*. Il est clair en effet que, lorsque les clefs ont été remises *apud horrea*, l'*accipiens* a réellement la marchandise à sa disposition. Et, dans tous les cas, celui qui s'en emparerait après la remise des clefs, même le *tradens*, commettrait un *furtum*. Cependant, cette erreur de Justinien a passé dans notre ancien droit où les commentateurs qualifient cette tradition de *symbolique*. En appelant cette tradition « *symbolique* » les inter-

prêtes semblent indiquer qu'elle n'a pas pour effet de mettre la chose directement à la disposition de l'acheteur, et qu'elle n'est que le signe d'une tradition qui, en réalité, n'existe pas.

C'est ce qu'il est impossible d'admettre, puisque par cette tradition l'acheteur a un moyen certain de se mettre en contact avec l'objet.

Il y a également tradition lorsque le possesseur nous laisse mettre des marques sur la chose à livrer (L. 14, D. *De per. et comm. rei vend.*).

9. Lorsque étant propriétaire d'une chose, je conviens après vous l'avoir vendue que je la garderai à titre d'usufruitier, de locataire, de détenteur en un mot, il y a également tradition. Les interprètes appellent habituellement cette clause *constitut possessoire*. Pothier voit là une tradition feinte. Ce nom de tradition feinte ne nous parait pas absolument exact. Primus vend ou donne à Secundus sa maison ; mais il convient que Secundus n'entrera pas immédiatement en possession et qu'il y restera lui-même quelque temps encore à titre de locataire ou d'usufruitier. C'est cette situation complexe de Primus qui fait qu'on n'aperçoit pas au premier abord une tradition réelle ; mais elle existe néanmoins.

Car, d'une part, Secundus a l'*animus domini* ; Primus possède, cela est vrai, mais il possède pour Secundus : il s'est constitué détenteur pour lui : *is possidet cujus nomine possidetur* (L. 18, pr. D. 41, 2). Il y a donc appréhension de la chose par Secundus, avec l'intention de la posséder en maître. Les deux éléments de la tradition se trouvent réunis.

10. Le constitut possessoire avait paru à certains jurisconsultes contraire aux principes. On avait essayé de tourner contre lui la maxime *nemo potest sibi mutare causam possessionis*. C'est ce qui résulte d'un texte de Celsus (L. 18, pr. D. 41, 2, par lequel il répond à cette objection en ces termes : *Nec enim muto mihi causam possessionis, sed desino possidere*. Le possesseur ne change donc pas la cause de sa possession, puisqu'il cesse de posséder. D'ailleurs ce changement est le résultat d'un contrat.

Un texte d'Ulpien (L. 77, D. 6, 2) prouve que cela était déjà discuté à l'époque classique.
« *Quædam mulier fundum (ita) non marito donavit
« per epistolam et eundem fundum ab eo conduxit :
« posse defendi in rem ei competere, quasi per ipsam
« adquisierit possessionem veluti per colonam.* »
« Une femme a donné par lettre un fonds à
« quelqu'un qui n'est pas son mari et elle l'a

« loué de son donataire : je dis qu'on peut soutenir que le donataire a l'action *in rem* comme ayant acquis la possession par la donatrice considérée comme fermière. » La solution d'Ulpien était donc contestée. Les inconvénients de cette mutation clandestine de propriété furent tels qu'au Bas-Empire des formalités spéciales furent requises pour la validité des donations. Il résulte d'une constitution de Constantin (Frag. Vat., § 249) que l'absence de tradition et le défaut de publicité avaient amené des usurpations nombreuses. Pour y remédier, cette constitution exige une tradition publique en présence de témoins avec constatation par écrit et insinuation. Malheureusement ces dispositions ne furent pas maintenues et Honorius et Théodose revinrent au droit antérieur (L. 28, C. 8, 54); Justinien (L. 35, § 5, *cod. tit.*) développe la même idée. L'insinuation seule put remédier à ces dangers.

En effet, le constitut posséssoire constituait un véritable péril pour les tiers. Ceux-ci, voyant le vendeur continuer à posséder, peuvent le croire toujours propriétaire et traiter avec lui, ou le vendeur peut profiter de ce qu'il possède pour prétendre qu'il est toujours propriétaire. Et ce fut en matière de donations que les inconvénients de ce procédé se firent surtout sortir.

11. Le constitut possessoire naît ordinairement d'une convention. Mais il peut être tacite : ainsi en matière de société *totorum bonorum*. « *In societate omnium bonorum*, dit Paul, *omnes res quæ coeuntium sunt, continuo communicantur* (L. 1, § 1, 17, 2) ; *quia licet spectatiler*, ajoute Gaius, *traditio non interveniat, tacita tamen creditur intervenire* » (L. 2, *eod. tit.*). Dans la société *totorum bonorum*, les choses corporelles dont les associés sont propriétaires au moment du contrat deviennent aussitôt communes, sans que la tradition soit nécessaire. « Il serait à craindre que, par oubli ou par dol, quelqu'un des contractants ne comprît pas tous ses biens dans la tradition ou dans le constitut possessoire » (Demangeat, *Cours de droit romain*, page 325). Au contraire, pour les choses corporelles acquises dans le cours de la société, la tradition est nécessaire.

12. Lorsque l'*accipiens* était déjà possesseur à titre de locataire ou de dépositaire avant le contrat de vente ou de donation, Justinien ne reconnaît pas ici une véritable tradition ; la propriété, dit-il, est transférée par le seul consentement (Inst. *De div. rer.*, § 44, l. 2, t. 1). Les interprètes disent qu'il y a tradition feinte. La vérité est que la tradition a eu lieu ; seulement

des deux éléments qui la constituent, un seul a existé d'abord. Le *corpus* a été remis, mais ce n'est qu'après un certain temps que le *tradens* a renoncé à l'*animus*. Une fois ce consentement opéré, la tradition est complète et la circonstance qu'elle s'est opérée, pour ainsi dire, successivement, ne peut l'empêcher d'être valable. Il est donc inexact de dire qu'il n'y a point ici de tradition.

13. Pothier range ce genre de tradition parmi les traditions fictives, et il ajoute même qu'elle s'appelle vulgairement tradition *brevi manu* (1).

Mais la tradition de brève main avait lieu dans des cas bien différents. On disait qu'il y avait tradition *brevi manu* dans certains cas où, dans un but de simplification, l'obligation de traditions successives avait été supprimée. Nous parcourons rapidement ces diverses hypothèses.

1° La tradition de brève main peut servir à transformer un contrat en un autre. Un mandat se transforme en *mutuum* : ainsi j'ai chargé Titius de recevoir un paiement. Il m'écrit pour me demander si je consens à ce qu'il garde l'argent à titre d'emprunteur. Je consens : il n'y a

(1) Ainsi appelée, dit-il, parce qu'il n'y a rien de plus court, puisqu'une convention la constitue.

qu'une tradition, tandis que régulièrement il devrait y en avoir deux (L. 15, D. 12, 1).

2° De même vous venez m'emprunter une somme d'argent que je n'ai pas ; mais j'ai un lingot d'or que vous porterez à l'orfèvre et dont vous garderez le prix. Il y a deux contrats et cependant il n'y a qu'une tradition (L. 11, D. 12, 1).

3° Je veux vous prêter une somme d'argent ; je vous délègue mon débiteur. Il n'y a ici qu'une tradition, cependant régulièrement il devrait y en avoir deux (L. 15, D. *loc. cit.*).

4° Enfin il y a un cas où trois traditions seraient nécessaires dans la rigueur du droit et où cependant nous n'en trouvons qu'une. « *Quotiens autem extraneus accepto fert debitori dotis constituendæ causa, si quidem nuptiæ insecutæ non fuerint, liberatio non sequetur, nisi forte sic accepto tulit, ut velit mulieri in totum donatum : tunc enim credendum est, brevi manu acceptum a muliere, et marito datum : cæterum mulieri per liberam personam condictio acquiri non potest* » (L. 4, § 1, D. 23, 3). Primus veut faire une donation à Seia, la fiancée de son débiteur Secundus. Il fait acceptilation à son débiteur *dotis causa*. Primus donne sa créance à la fiancée ; celle-ci devient alors créancière de son futur mari et lui

fait remise de la dette. Si le mariage ne se fait pas, la fiancée aura la *condictio sine causa* contre son futur. Dans la rigueur du droit on eût pu exiger une tradition du débiteur à Primus, de Primus à Seia, de Seia à Secundus.

Dans ce cas Seia a acquis une créance par l'intermédiaire de Primus, ce qui est contraire à la règle que personne ne peut acquérir une créance par une *persona extranea*. Mais Primus est considéré comme lui ayant fait tradition, et il n'est pas défendu de recevoir une tradition par l'intermédiaire d'un autre ; la règle est donc écartée. De même lorsque, voulant prêter de l'argent à Titius, je dis à mon débiteur de se libérer entre ses mains, j'acquies une action par mon débiteur, *persona extranea*. L'opération est néanmoins valable, parce qu'on y sous-entend une tradition qui m'aurait été faite par le débiteur et une seconde que j'aurais faite à Titius à titre de prêt.

CHAPITRE III.

DÉVELOPPEMENT DE L'ÉLÉMENT INTENTIONNEL AU POINT DE VUE DE LA *justa causa*. ERREUR.

14. L'élément vital de la tradition est l'élément intentionnel. Pour que la propriété soit

transférée, il faut que le *tradens* perde l'*animus domini* ; que l'*accipiens* l'acquière ; en d'autres termes, il faut chez le *tradens* volonté d'aliéner, chez l'*accipiens* volonté d'acquérir. Cette volonté réciproque dérive généralement d'un contrat ou d'un fait juridique. C'est ce contrat ou ce fait juridique qui, selon nous, constitue un nouvel élément de la tradition, la *justa causa*.

15. C'est un point très controversé que celui de savoir en quoi consiste la *justa causa*. Plusieurs interprètes modernes pensent que la *justa causa* consiste uniquement dans une volonté réciproque d'aliéner et d'acquérir. Cette opinion ne nous semble pas fondée sur les textes : ils lui sont même contraires. Il est vrai que les textes ne définissent pas la *justa causa*. Ils se bornent à nous en citer des exemples. Or nous voyons qu'il est toujours question d'un contrat. « *Sed « si quidem ex causa donationis aut dotis aut quælibet alia ex causa tradantur, sine dubio transferuntur* » (Inst., l. 2., t. 1, § 40). — De même « *jure civili constitutum fuerat ut qui... rememerit vel ex donatione aliave quavis justa causa acceperit* » (Inst. l. 2, t. 6, pr.) De même Paul dit : « *Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, « si venditio aut aliqua justa causa præcesserit prop-ter quam traditio sequeretur* » (L. 31, D. 41, 1°).

Les textes nous citent comme type de *justa causa* une vente, une donation, une constitution de dot ou un fait juridique analogue. Il n'y est point question de la volonté d'aliéner et d'acquérir.

Dans l'opinion contraire on invoque la loi 5, D. l. 41, t. 2. « *Si ex stipulatione tibi Stichum*
« *debeam et non tradam eum, tu autem nactus*
« *fueris possessionem, prædo es. Æque si vendi-*
« *dero nec tradidero rem, si non voluntate mea nac-*
« *tus sis possessionem, non pro emptore possides, sed*
« *prædo es.* » Ainsi un créancier, un acheteur se mettant lui-même en possession de la chose due sans la volonté du débiteur et du vendeur ne devient pas propriétaire. Si, dit-on, le contrat constituait une *justa causa*, la propriété eût été transférée. Il nous semble que ce texte peut s'interpréter dans un autre sens. Un élément a manqué ici, celui de la tradition faite par le débiteur ou le vendeur. La *justa causa* doit être suivie de la tradition faite dans une intention commune de transférer et d'acquérir : et celle tradition ne peut être remplacée par une appréhension violente. Car, dans ce dernier cas, l'intention commune d'aliéner et d'acquérir n'existe pas et c'est ce défaut d'intention commune qui a empêché ici le transfert de la propriété. L. 55, 44, t. 7. *In omnibus rebus, quæ dominium trans-*

ferunt, concurrat, oportet, affectus ex utraque parte contrahentium : nam sive ea venditio, sive donatio, sive qualibet alia causa contrahendi fuit, nisi animus utriusque consentit, perducere ad effectum quod inchoatur, non potest. » Ce qui résulte de ce texte, c'est qu'une appréhension violente n'équivaut pas à une tradition.

Nous ne soutenons pas cependant que l'existence d'un contrat soit indispensable à la validité d'une tradition. Ainsi le *tradens* entendait faire une donation et l'*accipiens* recevoir un *mutuum*. Il n'y a ici ni donation ni *mutuum*. Mais comme l'intention réciproque d'aliéner et d'acquérir existe, la tradition est efficace (Julien, l. 36, *De acq. rer. dom.*). On cite d'autres exemples où la tradition est valable bien qu'elle ait été faite par erreur, ou bien qu'elle soit intervenue en exécution d'un acte nul aux yeux de la loi. Ce sont là des cas exceptionnels, qu'il n'eût pas été nécessaire de citer si la solution donnée eût été conforme aux règles ordinaires.

En résumé, quand nous faisons ou recevons une tradition, nous avons un but. Il est impossible de concevoir un transfert de propriété ou une acquisition autrement que comme la conséquence d'un fait juridique. L'intention d'aliéner ou d'acquérir a une cause, comme une vente,

une donation. Il arrive quelquefois que ce contrat n'existe pas ; mais dans l'intention des parties il existait un fait juridique qui a entraîné comme conséquence la volonté de transférer la propriété. C'est l'opinion de M. Ortolan : « Les jurisconsultes romains entendaient par là « (par la *justa causa*) le fait déterminant la volonté de transférer la propriété et non cette « volonté elle-même. » De même M. Pellat dit : « La *causa traditionis* ne se présente donc pas « comme une volonté nue et abstraite de conférer et de recevoir la propriété, mais sous la « forme concrète de tel ou tel contrat, de telle « ou telle affaire ». (Textes choisis des Pandectes par Pellat, page 116).

16. Il y a des cas où la volonté d'aliéner et d'acquérir est douteuse. Il y en a d'autres où elle n'existe pas du tout. Ce sont ces diverses hypothèses que nous allons examiner.

1° Le consentement est nécessaire au point de vue de la chose dont la propriété est transférée. S'il n'y a pas consentement à ce point de vue, on dit qu'il y a erreur *in ipso corpore rei*. Voici un texte d'Ulpien sur cette question qui a donné lieu à des doutes : « *Si me in vacuum possessionem fundi Cornelianis miseris, ego, cum putarem me in fundum Sempronianum missum, in Corne-*

lianum iero, non adquiram possessionem, nisi forte in nomine tantum erraverimus, in corpore consenserimus. Quoniam autem in corpore non consenserimus, an a te tamen recedet possessio, quia animo deponere et mutare nos possessionem posse et Celsus et Marcellus scribunt, dubitari potest? Et, si animo adquiri possessio potest, numquid etiam acquisita est? Sed non puto errantem adquirere : ergo nec amittet possessionem, qui quodammodo sub conditione recessit de possessione. » Le tradens m'a livré le fonds Cornélien et j'entre en possession de ce fonds ; mais c'est le fonds Sempronien que je voulais posséder, et je crois qu'en effet c'est le fonds Sempronien qui m'a été livré. Si ma confusion ne porte que sur le nom et qu'en réalité ce que je croyais être le fonds Sempronien se trouve être le fonds Cornélien, il n'y a pas de doute sur la validité du contrat. Mais si réellement il y a erreur sur le fonds même, si le fonds Sempronien existe et que ce soit bien ce fonds Sempronien que je veux posséder, une condition nécessaire à la possession me manque, l'*animus*. Je n'ai pas l'intention de posséder le fonds Cornélien. Je ne suis donc qu'un détenteur.

Dans ce texte, Ulpien fait allusion à un passage de Celsus (L. 18, § 1, même titre), ainsi conçu :

« *Si furioso, quem sanæ mentis esse existimas, eo quod forte in conspectu inumbratæ quietis fuit constitutus, rem tradideris, licet ille non erit adeptus possessionem, tu possidere desinis ; sufficit quippe dimittere possessionem, etiam si non transferas. Illud enim ridiculum est dicere quod non aliter vult quis dimittere, quam si transferat : imo vult dimittere, quia existimat se transferre.* » Selon Celsus, lors même qu'il n'y a point translation de la possession au profit de l'*accipiens*, le *tradens* n'en est pas moins dessaisi. On peut abandonner la possession *animo tantum* : c'est ce qu'a fait le *tradens*. Il a donc perdu la possession et il ne la recouvrera pas, bien que celui qui a reçu ne l'acquiert pas. Nous pensons cependant que l'opinion de Celse ne doit pas être admise. L'opinion d'Ulpien est plus conforme à l'intention des parties, et nous pensons qu'il y a lieu de l'adopter, puisque c'est cette idée de donner de plus en plus satisfaction à l'intention des parties qui a toujours guidé les jurisconsultes et législateurs romains.

2° Il doit y avoir accord de volontés au point de vue de la translation de la propriété elle-même. Il ne suffit pas que celui qui livre veuille perdre la propriété de la chose. Il faut qu'il sache qu'il est propriétaire. Je possède de

bonne foi la chose de Titius et je donne mandat de la livrer à Titius lui-même. Cette tradition n'est pas valable, *quia nemo errans rem suam amittit*. « *Si procurator meus, vel tutor pupilli, rem suam quasi meam, vel pupilli alii tradiderint, non recessit ab eis dominium et nulla est alienatio, quia nemo errans rem suam amittit* » (35, D. 41, 1). Un texte de Marcellus (49, D. 17, 1) semble contraire à cette doctrine. Mais l'hypothèse est différente, car dans le texte de Marcellus je donne mandat à Titius, non seulement de livrer, mais de vendre comme mienne la chose qui lui appartient. Titius ne pourra pas revendiquer, quand l'erreur aura été découverte en vertu de la règle : « *Quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio*. » Il ne pourra qu'obtenir de moi une indemnité par l'action contraire de mandat.

3° La règle « *nemo errans rem suam amittit* » reçoit cependant une dérogation. Une personne livre comme sienne une chose qui lui appartient, mais dont elle ignore être propriétaire. L'intention du *tradens* entachée de dol ne peut préjudicier à la validité du contrat, *plus in re est quam in existimatione* (I. § 11, *De legatis*).

4° Il faut encore qu'il y ait accord au sujet du contrat. Ainsi, je crois faire un commodat, tandis

que vous croyez recevoir une donation. Il n'y a pas accord au sujet de la volonté d'aliéner : la tradition n'a donc pas pu ici transférer la propriété (L. 18, § 1, D. 12, 1).

5° Faut-il qu'il y ait accord non seulement au sujet de la volonté d'aliéner et d'acquérir, mais encore au point de vue de la cause déterminante de l'aliénation ?

En d'autres termes, l'erreur sur le motif du contrat vicie-t-elle à la fois le contrat et la tradition ?

Une tradition a été faite : le *tradens* a cru exécuter un legs ou une tradition qui cependant n'existaient pas, la tradition est valable. Il y a eu, en effet, accord sur l'intention de transférer la propriété et de la recevoir. Le *tradens* a cru se libérer sans doute, et cette obligation dont il se croyait tenu n'existait pas ; mais peu importe, cette erreur n'a pu empêcher l'accord des volontés au point de vue de la tradition. Le *tradens* aura contre l'*accipiens* seulement la *condictio indebiti* : donc l'*accipiens* est devenu propriétaire (L. 1, § 1, D. 12, 6).

Que décider dans le cas où les deux contractants avaient bien l'intention d'aliéner, mais par suite d'un contrat différent ? L'un a cru aliéner en vertu d'une donation, l'autre a cru

recevoir en vertu d'un *mutuum*. Sur ce point nous avons deux textes contradictoires de Julien et d'Ulpien : « *Cum in corpus quidem quod traditur consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto cur inefficax sit traditio : veluti si ego credam me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundum tradam, tu existimes ex stipulatu tibi eum deberi. Nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat proprietatem ad te transire : nec impedimento esse quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus* » (L. 36, D. *De acq. rer. dom.* 44, 1).

Ulpien, répondant au texte de Julien, dit de son côté : « *Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dederò, tu quasi mutuam accipias, Julianus scribit donationem non esse. Sed an mutua sit, videndum. Et puto nec mutuam esse ; magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit. Quare, si eos consumpserit, licet condictione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit ; quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumpti* » (18, pr. D. l. 12, 1).

Nous remarquons d'abord que les deux jurisconsultes sont d'accord sur un point : le contrat est nul. Il n'y a ni *mutuum* ni donation, puisque les volontés des contractants ne se sont

point rencontrées à cet égard. Le désaccord des deux jurisconsultes commence seulement à ces mots d'Ulpien : « *Magisque nummos accipientis non fieri.* » La propriété n'est pas transférée selon Ulpien. Selon Julien, au contraire : « *constat proprietatem ad te transire.* » On a cependant cherché à concilier ces deux textes. On a fait remarquer que les mots *accipientis non fieri* dont se sert Ulpien peuvent ne pas signifier : « *Proprietas non transiit* », mais peuvent être entendus en ce sens : l'*accipiens* devient propriétaire, mais ne reçoit pas l'argent comme il croyait le recevoir, pour en disposer. Cette explication nous semble trop subtile et il nous paraît impossible de la faire prévaloir contre le texte si formel d'Ulpien; nous croyons avec la majorité des auteurs qu'il y a ici contradiction entre les deux textes.

Voici comment raisonne Julien : les parties se sont trouvées d'accord, l'une pour aliéner, l'autre pour acquérir. La translation de propriété a eu lieu, puisque les éléments nécessaires à la validité de cette translation se rencontrent dans l'espèce. La circonstance que les parties n'ont pas été d'accord sur le motif du contrat ne peut pas faire que cette translation de propriété n'ait pas eu lieu. Mais comme il y a

erreur sur le motif, la partie qui a aliéné aura une *condictio sine causa* par laquelle elle se fera rendre l'argent.

Dans l'opinion d'Ulpien, l'erreur sur la nature du contrat vicie la tradition. Il y a solidarité entre le contrat et la tradition. Si la propriété a été transférée, c'est pour réaliser un certain but; ce but n'a pas été atteint; le contrat entier est considéré comme non avenu. C'est le point de vue auquel se sont placés les rédacteurs du Code civil (art. 1131).

CHAPITRE IV.

TRADITION FAITE EN EXÉCUTION DUN CONTRAT DE VENTE.

17. Toutes les conditions que nous avons énumérées pour que la tradition soit valable ne suffisent pas encore pour transférer la propriété, quand il s'agit d'un contrat de vente. Il faut de plus que le prix ait été payé. Le paiement du prix est une condition tacite qui est virtuellement posée *dans tout contrat de vente*. Le vendeur en droit romain est donc protégé contre l'acheteur d'une façon particulièrement efficace. Mais l'acheteur est sacrifié, car le fait de payer

le prix n'anéantit pas les droits réels que le vendeur a pu concéder jusqu'au paiement. Cette dureté du droit pour l'acheteur est fondée sur l'intention des parties, car le vendeur n'entend livrer que pour toucher le prix.

18. Mais comme tout dépend ici de l'intention du vendeur et que toute personne est libre de renoncer aux avantages accordés par la loi, il n'est pas absolument nécessaire pour la validité du contrat que le prix soit payé. Une satisfaction équivalente est jugée suffisante : ainsi l'*accipiens* présentera au vendeur un *expromissor*, un *intercessor*, ou lui fournira un *pignus*. Le vendeur est présumé s'être contenté de cette garantie et avoir consenti que la propriété passât immédiatement à l'*accipiens*.

Bien plus, si telle est l'intention du vendeur, rien n'empêche d'admettre que la propriété peut être transférée sans paiement ni satisfaction. Mais c'est un fait que les Romains ne présumant pas (L. 53. D. 18, 1).

La translation de propriété avait lieu aussi immédiatement quand un terme avait été concédé (L. 3. C. 4, 54). Mais rien n'empêchait le vendeur de faire un pacte par lequel malgré le terme il conservait la propriété. C'était le *pactum reservati dominii* ou une clause de précaire.

19. En principe donc, si l'acheteur ne paie pas le prix ou ne peut pas donner au vendeur une garantie, il ne devient pas propriétaire. Mais la condition résolutoire n'est pas sous-entendue en droit romain comme dans notre droit (art. 1184, 1684). Aussi, bien que le *tradens* puisse revendiquer, il n'y a pas résolution de la vente, l'acheteur peut payer et conserver la chose; même après que la revendication du *tradens* a triomphé, l'acheteur peut encore payer le prix et se faire restituer la chose. Pour que l'acheteur ne jouisse pas de cette faculté, il faudrait l'insertion dans le contrat d'une *lex commissoria*. Dans ce cas le contrat serait résolu dans les termes de la convention, et après cette résolution l'acheteur serait non recevable à offrir son prix.

Dans quelle situation va se trouver l'*accipiens* qui n'a pas encore payé son prix ? C'est une question que les textes ne résolvent point. Il est clair que l'*accipiens* a plus que la détention. Il n'est pas seulement *in possessione*. Il a l'*animus rem sibi habendi*. Sa possession doit être protégée par les interdits.

CHAPITRE V.

PERSONNES QUI ONT QUALITÉ OU CAPACITÉ POUR
FAIRE OU RECEVOIR UNE TRADITION TRANSLATIVE
DE PROPRIÉTÉ.

20. Pour que la tradition transfère la propriété, il faut que le *tradens* soit propriétaire et capable d'aliéner en droit ; il faut qu'il ait cette capacité en fait.

1° Le *tradens* doit être propriétaire. Car « *Nemo « plus juris ad alium transferre potest quam ipse « habet.* » (D. l. 54, 50, 17). (C. *De donat.* l. 14, 8, 54). (D. l. 64, § 4, 21, 2). Cependant cette règle souffre de nombreuses exceptions.

21. Le créancier gagiste, quoique non propriétaire, peut aliéner et ce en vertu d'un droit spécial (C. l. 6, 4, 51). On peut dire du reste qu'il n'y a pas ici une véritable exception à la règle, puisque la vente a lieu du consentement du propriétaire, qui, en donnant la chose en gage, a pu prévoir l'éventualité de la vente et y a en quelque sorte consenti par anticipation.

Tout en reconnaissant que telle était l'idée romaine, on s'est demandé s'il était exact de

considérer le créancier qui vend comme n'étant que l'instrument de la volonté du débiteur ? Est-ce seulement un mandataire ?

Non : il faut bien reconnaître au créancier gagiste un *animus* personnel, un *jus possessionis suo nomine*, à l'égard duquel la volonté du débiteur est désormais sans influence. Le débiteur a consenti à la vente par anticipation : mais il ne dépendrait pas de lui de revenir sur son consentement et de s'opposer à la vente. (Machelard, Textes de droit romain sur la possession, p. 41 et 42.)

22. En vertu d'une disposition exorbitante remontant à Marc-Aurèle et modifiée par Zénon dans un sens favorable au trésor, ce qu'on acquerrait du fisc par vente, donation ou de toute autre manière était à l'abri de toute réclamation : ceux qui avaient quelque action sur ces biens pouvaient seulement réclamer contre le trésor pendant l'espace de quatre ans. Justinien est venu ajouter une disposition tout aussi arbitraire en décidant que la disposition de Zénon serait appliquée aux ventes faites par lui ou l'impératrice (I. 1. 2, t. 6, § 14).

23. L'hypothèque confère aussi au créancier premier en date le droit d'aliéner la chose hypothéquée (L. 5, pr. 20, 5). (L. 8. C. 8, 18).

Le second créancier peut vendre : sauf au second acheteur à être évincé par le premier créancier s'il ne le désintéresse pas.

Mais il serait inexact de prétendre que la vente faite par le créancier deuxième en date est radicalement nulle. Ainsi le débiteur et un créancier hypothécaire postérieur ne pourraient pas l'attaquer. Le débiteur ne peut prétendre que le second créancier hypothécaire n'était pas en droit de vendre : car alors quel avantage ce dernier tirerait-il de l'hypothèque qui lui a été donnée ? Quant au créancier hypothécaire postérieur, il n'a pas plus le droit d'invoquer la nullité de cette vente que le deuxième créancier vis-à-vis du créancier hypothécaire premier en date. En l'absence d'un texte nous refusons le droit de demander la nullité de la vente au débiteur et au créancier postérieur en date et nous ne l'accordons qu'au premier créancier hypothécaire (Jourdan, Hypothèque en droit romain page 660).

24. Le curateur d'un *furiosus* peut vendre les biens, mais seulement pour les besoins de son administration (D. l. 12, 27, 10).

25. Pour le tuteur d'un pupille, c'est une question controversée que de savoir s'il peut aliéner à titre onéreux. Suivant M. Ducaurroy

(1,508), il ne peut que transférer la *propriété bonitaire* et non le *dominium*. Le principal argument de ce système repose sur la loi 16, C. 5, 37. Constitution de Dioclétien qui est ainsi conçue :
« *Non omni titulo res pupilli potestatem alienandi tutores habent; sed administrationis tantum causa distrahentes quæ eis venundare licet, justam causam possidendi comparantibus præstant.* »

Dans l'opinion contraire on soutient que ce texte ne se rapporte qu'aux choses *mancipi* ; car la mancipation est un acte solennel dans lequel on ne peut être représenté. Mais pour les *res nec Mancipi* pourquoi ne pas accorder aux tuteurs le droit de transférer la propriété quiritaire ? Le *procurator cum libera* a le droit de transférer la propriété. Pourquoi les tuteurs, qui sont aussi des mandataires et des mandataires légaux, n'auraient-ils pas ce droit ? Nous avons un texte de Paul (l. 12, 1, D. 26, 7) d'après lequel toutes les aliénations faites de bonne foi par le tuteur sont maintenues dans l'intérêt du pupille. Le jurisconsulte fait remarquer avec raison que la décision contraire serait préjudiciable aux pupilles eux-mêmes auxquels on ne voudrait rien acheter. En l'absence d'un texte formel il semble préférable de s'en tenir à cette loi.

Si, dans toute autre circonstance le *tradens* livre la chose d'autrui, l'*accipiens* ne peut qu'acquérir la propriété par la possession prolongée accompagnée de la bonne foi. Il reçoit la chose grevée des droits consentis par le *tradens*, mais aussi il jouit des droits de servitude qui lui appartiennent.

26. Il faut que le *tradens* ait non seulement la jouissance de son droit, mais encore l'exercice. N'ont pas l'exercice de leur droit, le fou, le pupille non autorisé de son tuteur, le prodigue interdit, le mari pour le fonds dotal italique et le mineur de 25 ans pourvu d'un curateur.

27. Le fou reçoit un curateur en vertu de la loi des Douze Tables. C'est ce curateur qui aliène pour lui, pourvu que les besoins de l'administration l'exigent (L. 17, D. 27, *10).

28. Le pupille ne peut aliéner ou s'obliger sans l'intervention du tuteur (I. l. 1, t. 21 pr.). La tradition qu'il consentirait serait nulle et même un décret du magistrat est quelquefois nécessaire. Supposons que le pupille ait fait un *mutuum*. « *Si mutuum pecuniam sine tutoris auctoritate alicui dederit, non contrahit obligationem, quia pecuniam non facit accipientis. Ideoque nummi vindicari possunt, sicubi extent, sed si nummi quos mutuos dedit, ab eo qui accepit, bona fide consumpti*

« *sunt, condici possunt. Si mala fide ad exhibendum de his agi potest.* »

Si les deniers existent, le *mutuum* qu'a fait la pupille est considéré comme inexistant, « *non contrahit obligationem.* » (I. l. 2, t. 8, § 2.) Son droit de propriété existe toujours : il peut revendiquer.

Si les deniers ont été placés, il faut distinguer deux hypothèses :

1° L'emprunteur a cru les recevoir d'une personne capable d'aliéner ; alors le pupille n'a plus qu'un droit de créance : il intentera une *condictio*, mais le pupille, plus favorisé qu'un prêteur ordinaire, pourra intentier immédiatement la *condictio*, sans tenir compte des clauses favorables à l'emprunteur qui pourraient accompagner le *mutuum*. Car le pupille a la *condictio sine causa* et non celle qui résulte du *mutuum*. Des interprètes ont pensé que le droit du pupille prenait sa source dans la convention qui accompagne la tradition. Nous pensons au contraire qu'il résulte de ce que l'*accipiens* s'est enrichi, ou est présumé s'être enrichi. Nous en trouvons la preuve dans ce texte de Julien. « *Si pupillus sine tutoris auctoritate crediderit, aut solvendi causa dederit, consumpta pecunia condictioem habet, vel liberatur : non alia ratione, quam quod*

facto ejus intelligatur ad eum, qui accèperit, pervenisse » (L. 19, § 1, 12, 1).

2^o L'emprunteur a su qu'il tenait les deniers d'un pupille ; il est tenu de l'action *ad exhibendum*. L'emprunteur devra payer la somme fixée par le pupille lui-même sous la foi du serment et taxée par le juge (Paul, l. 2, § 1, D. 13, 3).

29. Le prodigue, lorsqu'il a été interdit par le magistrat, est incapable d'aliéner et la tradition qu'il fait est nulle. « *Is cui bonis interdictum est, stipulando sibi acquirit : tradere vero non potest, vel promittendo obligari ; et ideo nec fidejussor pro eo intervenire poterit, sicut nec pro furioso.* » Il résulte de ce texte que le prodigue ne peut rendre sa condition pire sans l'*auctoritas* du curateur ; mais qu'il n'a besoin d'aucune autorisation pour la rendre meilleure, aussi Ulpien l'a-t-il comparé au pupille (L. 9, § 7, 12, 1).

30. Le mari, quoique *dominus dotis*, ne peut aliéner le fonds dotal sans le consentement de la femme, en vertu de la loi Julia. Cependant, lorsque le fonds dotal a été estimé, en l'absence d'une clause spéciale, l'estimation vaut vente. Le mari est considéré comme ayant acheté le fonds pour le montant de l'estimation. Il peut donc

l'aliéner sans tenir compte des prescriptions de la loi Julia (L. 6, C. 3, 33). Car ce n'est pas le fonds qui est dotal, mais la valeur du fonds.

Même dans le cas où un immeuble a été estimé, il peut se faire qu'il soit inaliénable. Cela arrive lorsque, par une convention spéciale, on déclare que l'immeuble, bien qu'estimé, devra être restitué à la femme (L. 5, C. 5, 12).

Lorsqu'un immeuble dotal non estimé a été aliéné par le mari, si la femme ratifie ou vient à mourir *in matrimonio*, la vente est valable (L. 42, 41, 3). En effet, le législateur a voulu, au moyen de l'inaliénabilité, assurer la restitution de la dot : lorsqu'il n'y a pas de restitution à faire, il n'y a pas non plus d'inaliénabilité. Mais si le mariage se dissout par le divorce ou le prédécès du mari, la femme a droit à la restitution de la dot. Le sort de l'aliénation est donc suspendu : quel est le droit du mari dans cet intervalle vis-à-vis de son acheteur ? Avant la dissolution du mariage, le mari peut-il revendiquer l'immeuble ? La question est très débattue entre les auteurs : les textes ne la tranchent pas.

31. Le mineur de 25 ans, s'il n'a pas de curateur, peut valablement aliéner.

S'il a un curateur, quelle est sa capacité ? Modestin admet la validité de l'obligation con-

sentie par le mineur sans le concours de son curateur. « *Puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari.* » (L. 101, D. 45, 1.) Dioclétien au contraire déclare que si le mineur qui avait un curateur a fait une vente, le contrat ne doit pas être maintenu. « *Si curatorem habens minor XXV annis post pupillarem ætatem res vendidisti, hunc contractum servari non oportet* » (L. 3 C. 2, 22). Cette doctrine de Modestin est confirmée par d'autres textes du Digeste (L. 141, § 2, D. 45, 1 ; L. 43, D. 44, 7). Aussi nous pensons qu'il n'est pas possible de concilier les textes du Digeste que nous avons cités avec la loi 3 au Code.

A l'époque de Gaius, de Paul, de Modestin, l'aliénation faite par le pubère mineur de 25 ans sans le consentement du curateur, en exceptant les immeubles soumis au sénatus-consulte de Septime Sévère, est valable en droit civil. Le mineur peut seulement invoquer le bénéfice de la restitution *in integrum*, conformément au droit prétorien.

Mais le rescrit de Dioclétien et Maximien inséré au Code a introduit un droit nouveau. Voici la distinction qu'il consacre : lorsque le mineur n'a pas de curateur la règle ancienne subsiste ; il est capable, mais il peut recourir à

la protection du prêteur et demander l'*in integrum restitutio*.

Lorsque le mineur a un curateur, s'il vend, le contrat est nul. Il est traité comme un pupille en tutelle ou un prodigue interdit.

Capacité d'acquérir chez l'accipiens.

32. Il faut que l'*accipiens* soit capable d'acquérir la propriété de la chose qui lui a été livrée. On distingue deux sortes d'incapacités :

1° Incapacités générales.

33. Ce sont les incapacités qui atteignent certaines personnes, quel que soit le *tradens*. Ainsi le fils de famille, qui n'a point de pécule, ne peut rien acquérir par lui-même en dehors des cas d'application des pécules dont on a fini par le déclarer propriétaire. De même l'esclave qui n'a pas de maître ne peut rien acquérir.

34. Le fou ne peut rien acquérir, puisqu'il n'a pas l'*animus acquirendi* et que par suite il manque un des éléments de la tradition. Il en est de même du pupille *infans*. « *Furiosus et pupillus, sine tutoris auctoritate, non potest incipere possidere, quia affectionem tenendi non habent,*

« *licet maxime corpore suo rem contingant : sicuti*
« *si quis dormienti aliquid in manu ponat.* » (L. 1,
§ 3, D. 41, 2.)

35. La suite du texte est controversée. La question est de savoir si le pupille *infantia major* peut recevoir une tradition sans l'*auctoritas* de son tuteur?

Voici le texte de la loi : « *Pupillus tutore auctore incipit possidere. Ofilius quidem et Nerva filius etiam sine tutoris auctoritate possidere incipere posse pupillum aiunt ; eam enim rem facti non juris esse, quæ sententia recipi potest, si ejus ætatis sint ut intellectum capiant.* » Voici quel serait le sens de cette loi d'après M. de Savigny : « Le pupille peut toujours acquérir la possession avec l'*auctoritas* de son tuteur. Suivant Ofilius et Nerva, il le peut même seul. Paul se range à cet avis ; mais il faut, dit-il, que le pupille soit assez développé pour comprendre ce qu'il fait. »

Suivant nous ces mots : « *Si ejus ætatis sint ut intellectum capiant* » sont synonymes de « *si infantia majores sint.* »

En effet, c'est un principe admis que le pupille sorti de l'*infantia* peut faire seul tous les actes qui rendent sa condition meilleure.

La loi 32, § 2, D. 41, 2, ne fait aucune dis-

inction entre les pupilles au point de vue du développement de leur intelligence: « *Pupillus tamen sine tutoris auctoritate possessionem nancisci potest.* »

De même la loi 9, pr., D. 41, 8, dit : « *Obli-
gari ex anni contractu pupillus sine tutoris aucto-
ritate non potest. Acquirere autem sibi stipulando
et per traditionem accipiendo etiam sine tutoris
auctoritate potest.* »

Quant au pupille *infans*, il ne peut acquérir la possession par lui-même; il ne peut jouer seul dans une tradition le rôle d'*accipiens*, et même, en suivant les règles rigoureuses du droit, l'*auctoritas tutoris* ne semble pas pouvoir lui faire acquérir la possession. Car, « quand il y a absence radicale de capacité, un complément peut-il se concevoir ? » (Machelard, *Textes sur la possession.*) On admit cependant que l'*auctoritas tutoris* remplacerait l'*animus* de l'enfant. Elle dépasse ici son effet ordinaire. Au lieu d'apporter un complément à la capacité insuffisante de l'*infans*, elle la remplace. Telle est la solution que nous trouvons consignée dans la loi 32, § 2, D. 41, 2. « *Infans possidere recte potest, si tutore auctore cæpit ; nam iudicium infantis suppletur auctoritate tutoris ; utilitatis enim causa hoc receptum est ; nam alioquin nullus*

« *consensus infantis est accipiendi possessionem.* »

Mais on s'est demandé si ce texte n'était pas contredit par la loi 3, C. 7, 32. Voici ce texte :

« *Donatarum rerum quacumque persona infanti vacua possessio tradita corpore quaeritur. Quamvis enim sint auctorum sententiae dissentientes, tamen consultius videtur, interim, licet animi plenus non fuisset affectus, possessionem per traditionem esse quaesitam, alioquin, sicuti consultissimi viri Papiniani responso continetur, nec quidem per tutorem possessio infanti poterit acquiri.* »

On entend diversement ce passage : « *vacua possessio tradita corpore quaeritur.* » On a dit que, dans ce cas, le donataire *infans* avait été mis en contact avec l'objet donné, ce qui prouverait que le pupille doit intervenir personnellement. Qu'il en ait été ainsi à l'origine, cela est possible, Mais tel n'est pas selon nous le sens de la loi. Elle suppose le tuteur absent, et elle déclare qu'en attendant son retour il faut se passer de l'*animus* et déclarer la possession acquise *corpore*, c'est-à-dire qu'il suffira de l'appréhension faite par les esclaves du pupille.

Enfin un juif, un hérétique, un païen ne peuvent posséder un esclave chrétien (C. 1, 1, 10).

36 (§2). Les incapacités particulières proviennent de suspicions à l'égard de certaines per-

sonnes, qui, par suite de l'influence qu'elles peuvent exercer sur le *tradens*, sont présumées avoir annihilé sa volonté. Ainsi le gouverneur d'une province ne peut pas acquérir d'immeubles dans sa province (L. 62, pr. 18, 1).

Les tuteurs et curateurs ne peuvent se rendre acquéreurs des biens de leurs pupilles et de leurs mineurs (L. 34, § 7, *De cont. empt.*).

Un époux ne peut recevoir de donations de son conjoint (L. 3, § 1. D. 24, 1).

TRADITION FAITE PAR UN MANDATAIRE OU A
UN MANDATAIRE.

37. La tradition peut-elle être faite par l'intermédiaire d'un tiers ? Une personne peut-elle acquérir un droit, lorsque les actes nécessaires à sa formation ou à sa translation ont été accomplis par un autre ?

Le principe du droit romain, c'est que la représentation dans les actes juridiques était impossible, à moins que le tiers représentant ne fût en la puissance de celui qui veut être représenté, ou en sa possession de bonne foi ou soumis à son usufruit. Cependant le mandat existait en droit romain ; seulement, le mandataire agissait en son nom et ses actes juridiques n'avaient

d'effet qu'à son égard. Un nouvel acte était nécessaire pour que l'effet du contrat fût reporté sur le mandant. Le mandant n'était donc point partie au contrat comme en droit français (1).

Il semble que ce principe de la non-représentation dans les actes juridiques devait avoir dans la pratique de graves inconvénients. Cependant les vices de ce système n'apparurent pas tout d'abord : car, à l'origine, les relations commerciales n'existaient pas, et cette absence de commerce supprimait une des principales applications du mandat. De plus, le père de famille était représenté par ses enfants, ses esclaves, sa femme *in manu*. Il avait là des représentants naturels qui étendaient en quelque sorte sa personnalité et venaient corriger les vices du système de la non-représentation. Les heureux effets de cette représentation ayant été reconnus, on l'étendit au cas où une personne soumettrait librement sa volonté à la nôtre. Cette personne devient pour nous un instrument comme le fils pour son père, l'esclave pour son maître.

(1) L'idée romaine se retrouve à l'état d'exception au Code de commerce où le commissionnaire agit en son nom (art. 94, Code de comm.).

§ 1. — *Tradition faite à un mandataire.*

38. Le mandataire acquiert donc pour lui en principe, et le mandant doit se faire retransférer la propriété (Gaius, Comm. II, § 95).

Les inconvénients de cette double transmission étaient sensibles puisque le mandant n'avait qu'une action personnelle avec laquelle il ne recouvrait rien, si l'*accipiens* était insolvable ou ses biens hypothéqués.

Aussi finit-on par admettre que le mandant pourrait acquérir la possession par le mandataire. La tradition n'étant que la remise de la possession, le mandant peut acquérir par la tradition faite au mandataire. Pour les actes solennels *mancipatio*, *cessio in jure*, *nexum*, *adjudicatio*, aucune modification ne fut admise.

39. Cette décision, relativement à la possession, mettait fin à des doutes exprimés par Gaius, sur la question de savoir si l'on pouvait acquérir la possession par l'intermédiaire de la femme *in manu* et de l'individu *in mancipio*. Gaius dit de ces personnes : « *An autem possessio « adquiratur, quæri solet quia ipsas non posside-
« mus* » (Gaius, C. II, § 90). La solution affirmative était en pleine vigueur sous Sévère et

Antonin, puisque ces empereurs admettent qu'on peut acquérir la possession *per extraneam personam* (L. II, t. 9, § 5). Il paraissait naturel d'admettre que le mandant acquiert la possession pour le mandataire, car le mandant réunit les deux conditions de la possession, c'est-à-dire l'*animus possidendi*, et quant au *corpus*, on peut dire qu'il l'a aussi puisqu'il a la chose à sa disposition. Le mandant acquerra donc, par l'effet de la tradition, la propriété, si le *tradens* est propriétaire et livre *ex justa causa* une *res nec Mancipi*, ou enfin la possession *bonæ fidei*, si le *tradens* n'était pas propriétaire et si le mandant réunit les conditions nécessaires.

Des textes du Digeste semblent contraires à cette doctrine. Ainsi nous y trouvons un fragment de Callistrate ainsi conçu : « *Res ex manu datu meo emptā, non prius mea fiet, quam si mihi tradiderit, qui emit* » (59, D. 41, 1). Ce texte s'explique par la lecture d'un fragment d'Ulpien (L. 43 § 1, D. 47, 2). Ulpien suppose qu'un *falsus procurator* entend recevoir pour lui ; dans ce cas, dit-il, la propriété ne lui est pas transférée, mais reste au débiteur. Mais si c'est l'intention du mandant que la propriété passe au mandataire, celui-ci ne commet pas un vol. Le texte de Callistrate traite de la même hypothèse,

celle où le mandant a autorisé le mandataire à acquérir pour lui.

40. Mais si le *tradens* a voulu transférer la propriété au mandant et que l'intention du mandant ait été de l'acquérir pour lui, doit-on tenir compte de l'intention du mandataire qui a voulu aussi acquérir pour lui? Sur ce point nous trouvons une controverse entre Julien et Ulpien. Suivant Julien (37, § 1, D. 41, 1) la tradition ne produit aucun effet : « *Si procuratori meo rem tradideris ut meam faceres, in hac mente acceperit ut suam faceret, nihil agetur.* »

Ulpien dit au contraire (13, D. 39, 5) : « *Si procuratori meo hoc animo rem tradiderit Titius, ut mihi adquirat, ille quasi sibi adquisiturus acceperit, nihil agit in persona sua sed mihi adquirit.* » Ainsi, selon Ulpien, pourvu qu'il y ait accord entre le *tradens* et le mandant, la propriété passe au mandant : peu importe l'intention du mandataire.

Bien que ces deux textes paraissent absolument contradictoires, on a cherché à les concilier.

Selon Doneau, Julien suppose que le mandataire s'est formellement exprimé et a déclaré vouloir acquérir pour lui-même, tandis que, dans le texte d'Ulpien, le mandataire, en recevant

pour le compte du mandant, s'est borné à une restriction mentale. Mais cette explication ne concorde pas avec le texte qui, dans les deux cas, emploie les mêmes expressions. Il est inexact de dire que, dans le texte de Julien, le mandataire a déclaré qu'il acquerrait pour lui. Le texte dit au contraire que le mandataire « *in hac mente accepit ut suam faceret.* » Il n'y a eu qu'une restriction mentale dans un cas comme dans l'autre.

Cujas, et après lui M. de Savigny, admettent la solution d'Ulpien : ils pensent de plus que Julien était du même avis. Pour arriver à cette dernière solution, ils ajoutent au texte de Julien : « *nihil agitur* » ces mots : « *in persona procuratoris* ». Cette solution doit être condamnée, puisqu'elle nécessite une modification à la loi 37.

Il est difficile de nier l'antinomie qui existe entre ces deux textes. Ce qui le prouve, c'est que Paul, dans le fr. 1, § 20, D. 41, 2, admet l'opinion de Julien : « *Per procuratorem, tutorem, curatoremve possessio nobis acquiritur : cum autem suo nomine nacti fuerint possessionem, non cum ea mente, ut operam duntaxat suam accommodarent; nobis non possunt adquirere.* » Ainsi les jurisconsultes de l'époque classique pensaient

que le contrat ne pouvait se réaliser, contrairement à l'intention du mandataire. Cette idée était conforme au principe que le contrat se forme dans la personne du mandataire.

L'opinion d'Ulpien, jurisconsulte postérieur, dénote un progrès. Il tient un plus grand compte de l'intention des parties. Et, en effet, l'intention du mandataire, qui n'est qu'un instrument, doit-elle prévaloir contre l'accord du *tradens* et du mandant ?

Il est vrai que les jurisconsultes classiques admettaient l'affirmative. Mais l'opinion d'Ulpien se dégage des idées particulières des Romains sur cette matière et semble plus rationnelle.

41. Lorsque le mandant a donné son consentement, ce consentement subsiste dans l'avenir au moment de la prise de possession du mandataire. Le mandant est considéré comme connaissant la prise de possession de son mandataire et y consentant. Ce qui est essentiel, en effet, c'est que le mandant consente : mais une fois qu'il a donné son consentement, que sa volonté est certaine, pourquoi exiger que le mandant connaisse le moment précis de la prise de possession du mandataire ? « *Voluntas requiritur, non scientia traditæ possessionis.* » C'est cette

idée qu'exprime le jurisconsulte Nératius quand il dit : « *Dominium mihi acquiritur etiam igno-
« ranti* » (13, D. 41, 1). Ces expressions, du reste, doivent être entendues *lato sensu*. Car nous n'ignorons pas absolument que la propriété doive nous être acquise : ce que nous ignorons, c'est le moment précis où le fait matériel de la remise viendra à se produire. Mais le principe finit par être véritablement appliqué quand on décida que le tuteur acquerrait la possession et la propriété pour le pupille *infans*. L'*infans* acquiert *etiam ignorans*.

42. Il y a naturellement exception au principe lorsque le mandataire a dépassé ses pouvoirs. Dans ce cas, la ratification du mandant est nécessaire.

Il y a encore exception lorsque le mandataire a reçu *a non domino* : le mandant ayant juste titre et bonne foi pourra usucaper, mais seulement à partir du moment où il aura eu connaissance de la tradition. Car la bonne foi doit exister à l'*initium possessionis*. Il faut donc que le mandant ait su quand elle a commencé : « *usucapio scienti competit* » (49, § 2, D. 12, 2).

Mais si le mandataire a reçu une procuration générale, si un fils ou un esclave reçoit *ex peculiari causa*, alors le mandant acquiert *etiam*

ignorans la *possessio ad usucapionem*. Il suffit qu'il ne soit pas de mauvaise foi au moment où la tradition est faite au mandataire.

Ainsi on peut acquérir la propriété par représentant, non seulement au moyen de la tradition, mais encore de l'usucapion, mode civil d'acquisition.

La possession est acquise « *ignoranti* » par mandataire : mais elle ne l'est pas par un gérant d'affaires. La ratification du maître est nécessaire. Opère-t elle rétroactivement ? (42, § 1, D. 41, 2.)

C'est ce que les textes ne nous disent pas. « *Procurator si quidem mandante domino rem emerit, protinus illi adquirit possessionem ; quod si sponte sua emerit, non, nisi ratam habuerit dominus emptionem.* » Sans doute, rien ne prouve que le ratifiant n'ait pas été considéré comme jouissant rétroactivement de la possession.

Cependant l'opinion de M. de Savigny, qui n'admet pas cette rétroactivité, nous paraît plus conforme aux principes. La possession est une chose de fait. On peut posséder par autrui : mais il faut en avoir conscience. Il faut l'*animus*. Ce n'est donc qu'à partir du moment où le maître a ratifié que la possession semble devoir lui être acquise.

A l'époque de Justinien, le principe de la rétroactivité paraît avoir triomphé. Il résulte de la loi 25 C. 5, 16 *De don. inter vir. et ux.*, que, dans le cas de confirmation d'une donation, l'effet de cette confirmation remonte jusqu'au jour de la tradition. La propriété est considérée comme ayant été transférée dès ce jour.

§ 2. — *Tradition faite par un mandataire.*

43. Nous trouvons ici les mêmes idées que celles que nous avons exposées au § 1^{er}. En principe la tradition ne peut avoir lieu *per extraneam personam*. Il faut une mutation de propriété du *tradens* au mandataire et une seconde du mandataire au tiers. Les inconvénients de ce système étant aussi grands pour la transmission de propriété que pour son acquisition, les mêmes remèdes y furent aussi appliqués.

On décida donc que, de même que la possession était acquise par l'intermédiaire d'un tiers, elle pouvait être transmise de la même façon. La tradition effectuée *per extraneam personam* transféra donc la possession et la propriété. Le principe ne resta vrai que pour les modes solennels, la *mancipatio* et l'*in jure cessio*.

L'utilité de cette transmission abrégée se con-

çoit aussi bien que son fondement juridique. Cette dérogation au principe de la non-représentation est facile à justifier. L'*accipiens* doit avoir le *corpus* et l'*animus*. L'*animus* résulte du contrat : quant au *corpus*, il est acquis à l'*accipiens* par ce fait que le *tradens* s'en est dépouillé et qu'il l'a mis à la disposition de l'*accipiens* par l'intermédiaire d'un autre. L'*accipiens* réunit donc les conditions exigées pour que la tradition soit parfaite, le *corpus* et l'*animus* (I. § 42, l. 2, tit. 1) (D. l. 9, § 4, 41, 1).

44. On peut aliéner par mandataire : mais tout mandataire ne peut pas aliéner. Il est certain que le mandataire qui a reçu un mandat spécial peut aliéner. Mais il y a des doutes au sujet du mandataire qui n'a pas reçu ce mandat spécial. Il s'est élevé des discussions au sujet du mandataire *cum libera administratione*. Le § 43, I, l. 2, titre 1, semble, suivant certains interprètes, donner à ce mandataire le droit d'aliéner même en dehors des cas de nécessité absolue. A ce texte on oppose Modestin, qui décide que le mandataire *totorum bonorum* ne peut aliéner à moins d'un ordre exprès, sinon les choses qui peuvent se corrompre avec le temps (63, D. 3, 3).

Il nous semble que cette discussion provient d'une confusion faite par les interprètes, confu-

sion qui n'existe point dans les textes. Le fragment de Modestin parle du mandataire *totorum bonorum*. De ce qu'il s'agit ici d'un mandataire *totorum bonorum* il n'y a pas à conclure nécessairement que ce soit un mandataire *cum iocera administratione*. Autre chose est le mandataire *totorum bonorum*, autre chose le mandataire *cum libera administratione*. Le mandataire *totorum bonorum* aura des pouvoirs moins étendus, il ne pourra aliéner que les choses susceptibles de se corrompre (Modestin, 63, D. 3, 3).

Quant au mandataire *cum libera administratione*, il a le droit d'aliéner, de faire des échanges, de payer les créanciers. Mais ses pouvoirs ont une limite ; il ne peut aliéner que pour sauvegarder les intérêts du mandant ; or, une bonne administration exige quelquefois une aliénation. Mais, en dehors de ces cas rares, il n'a pas le droit d'aliéner, il n'a pas le droit d'aliéner à titre gratuit : car faire des donations, c'est dissiper, ce n'est plus administrer (I., § 43, l. 2, tit. 9).

Il nous semble que cette doctrine résulte sans difficulté des textes qui parlent les uns de *libera administratio*, les autres d'*administratio totorum bonorum*. Il ne faut donc pas soutenir qu'il y a contradiction entre ces textes, puisqu'ils traitent d'hypothèses différentes. Ainsi peuvent

aliéner le mandataire spécial toujours, le mandataire *cum libera administratione* toutes les fois que cela est utile au mandant, le mandataire *totorum bonorum*, lorsque les choses sont susceptibles de se corrompre. Peut-être peut-on dire que tout mandataire général devrait avoir le droit d'aliéner non seulement les choses qui se corrompent, mais toute autre chose dans l'intérêt du mandant. Cette opinion a été formulée par Pothier.

Pour la transmission de la propriété par mandataire, il n'est pas besoin du consentement du mandataire. La volonté du mandant et celle de l'*accipiens* suffisent; quant au mandant, il n'est pas nécessaire qu'il ait eu connaissance de la tradition effectuée : la volonté d'aliéner suffit. La tradition peut avoir lieu à l'insu du mandant.

La tradition opérée par le mandataire transférera à l'*accipiens*, soit la propriété quiritaire, soit la propriété bonitaire, soit la possession *bonæ fidei*. La représentation est admise pour aliéner comme pour acquérir.

§ 3. — *Tradition faite à une personne en puissance.*

45. La règle *per extraneam personam nihil acquiritur* comportait donc de notables exceptions.

De plus, à cette règle n'étaient pas soumises les personnes *alieni juris*. Nous parlerons donc brièvement des effets de la tradition faite aux personnes *in potestate*, *in manu*, *in mancipio*, aux esclaves dont on a l'usufruit, et aux hommes libres ou aux *servi alieni* qu'on possède de bonne foi.

a. — *Fils de famille.*

46. A l'origine, le fils de famille, bien qu'il ait une personnalité qui le rende capable d'accomplir tous les actes de la vie civile, ne peut cependant rien acquérir pour lui-même. Il est, sous ce rapport, semblable à l'esclave. Le patrimoine appartient à la famille. Le *paterfamilias* en est le maître et le dispensateur. La tradition faite au fils profite au père (Gaius, Comm. II).

Quant à la possession, on se demandait si les fils de famille pouvaient l'acquérir au père.

La raison de douter, c'est que le père eût acquis la possession par son fils sans le posséder lui-même. Cependant on finit par l'admettre (Paul, 1, § 8, D. 41, 2).

Per eum in quo usumfructum habemus, possidere possumus, sicut ex operis suis adquirere nobis solet, nec ad rem pertinet, quod ipsum non possideamus, nam nec filium.

Pour que la possession puisse être acquise au père par l'intermédiaire du fils et par la possession la propriété, il faut chez le père l'*animus sibi habendi* et chez le fils l'*animus pro patre possidendi*. Cependant s'il s'agit d'une chose qui provient de son pécule, le père en acquiert la possession, *etiam ignorans*. La raison est que le père ayant permis au fils d'avoir un pécule, c'est par la volonté du père qu'il est censé posséder (1, § 54, D. 41, 2).

La règle que tout ce que le fils acquiert appartient au père fut modifiée avec le temps : le fils par l'institution de nouveaux péculs put avoir des biens en propre.

47. *Personnes in manu et in mancipio*. — La femme *in manu*, étant *loco filiae*, acquiert pour son mari : on se demandait seulement, *comme pour la fille de famille*, s'il pouvait acquérir par elle la possession (G. II, 90). De même la femme *in manu extranei* (*manus établie fiducia causa*) acquiert pour l'*extraneus* la possession et par suite la propriété.

Les personnes *in mancipio*, étant *loco servorum*, acquièrent pour la personne qui a sur elles le *mancipium* (G. II, 90).

b. — *Esclaves.*

48. 1^o *Acquisition de la propriété.* — L'esclave romain était considéré comme une chose : son maître le possédait comme on possédait un fonds ou tout autre bien. Mais cet état de sujétion auquel il était réduit ne lui enlevait pas la capacité d'acquérir, reconnue à tout être intelligent ; seulement sa personnalité s'absorbant dans celle de son maître, c'était le maître qui bénéficiait de ses acquisitions.

Il devenait capable même de figurer dans une *mancipatio*; l'*in jure cessio* et l'*adjudicatio* lui étaient seules refusées. Ainsi l'esclave par une fiction empruntait la capacité du maître, et la tradition à lui faite profitait au maître. Occupons-nous d'abord de l'acquisition de la propriété.

Point de difficultés lorsque l'esclave appartenant à un maître unique reçoit la tradition, mais *quid juris* lorsque l'esclave est commun entre plusieurs maîtres ?

Le principe en cette matière est nettement formulé par Gaius : « *Communem servum pro dominica parte dominis acquirere certum est, excepto eo quod uni nominatim stipulando, aut mancipio*

accipiendo, illi soli acquirit? L'esclave acquiert à chacun de ses maîtres en proportion de sa part, quand même l'acquisition a été faite avec l'argent d'un seul, sauf le droit pour celui-ci de prélever la somme lors du partage.

Quid, lorsque l'esclave, agissant par l'ordre d'un de ses maîtres, déclare vouloir acquérir pour l'autre ? Il semble juste que la volonté du maître soit exécutée plutôt que celle d'un esclave infidèle, qui n'est que l'instrument d'acquisition du maître.

C'est aussi ce que décide Justinien (L. 3, C. IV, 27). Cependant la question avait donné lieu à de nombreuses discussions : « *Cum ex omni latere magna pars auctorum multum effuderit tractatum.* » Justinien s'appuie sur la raison suivante : « *Neque enim malignitati servorum indulgendum est, ut liceat eis, domini jussione contempta, sua libidine facere stipulationem et ad alium dominum, qui eum forsitan corrupit, alienum lucrum transferre.* »

49. 2° *Acquisition de la possession.* — La possession de l'esclave profite au maître : mais ici l'acquisition de la possession ne présente pas les mêmes conditions que celle de la propriété. La propriété peut être acquise par une personne à son insu : cela n'est pas possible

pour la possession, parce que la possession est *potius facti quam juris*. Le maître doit donc remplir deux conditions : 1° il faut qu'il possède l'esclave ; 2° qu'il ait l'*animus sibi habendi*.

De ce qu'il faut que le maître possède son esclave, on conclut : 1° que le maître n'acquiert rien par son esclave, s'il l'a donné en gage (L. 1, § 15, 41, 2). Cependant, le débiteur est considéré comme possédant cet esclave au point de vue de l'usucapion. Il faut remarquer aussi que le gagiste non plus n'acquiert pas la possession par cet esclave, bien qu'il le possède (L. 37, pr. 41, 1).

Quant à l'esclave qui vit *in libertate*, s'il possède au nom d'une personne, il acquerra la possession à cette personne (L. 31, § 2, D. 41, 1).

De ce que le maître doit posséder l'esclave pour pouvoir acquérir par lui, le jurisconsulte proculien Nerva conclut que le maître ne peut acquérir la possession par l'esclave fugitif (1, § 14, D. 41, 2). Mais cette interprétation littérale de la règle n'avait pas été admise par les jurisconsultes de l'école sabinienne (Cassius, Julien), et leur avis a prévalu. Ces jurisconsultes faisaient remarquer que l'esclave est possédé par nous, tant qu'il n'est pas possédé par un autre. D'ailleurs,

le système contraire était bien défavorable au maître. Aussi un fragment d'Hermogénien nous montre que la question avait été tranchée dans le sens de l'acquisition. Si l'esclave fugitif ne se croit pas libre et s'il n'est pas possédé par un autre, il acquiert la possession à son maître (L. 50, § 1, D. 41, 2).

Il faut que le maître ait l'*animus sibi habendi*.

Si donc l'esclave a agi à l'insu et sans le consentement du maître, celui-ci ne pourra posséder par lui ; il ne pourra commencer à usucaper avant d'avoir eu connaissance de la prise de possession de l'esclave. Il faut qu'il soit de bonne foi à ce jour (L. 2, § 12, 41, 4). Mais il y a exception à cette règle quand il s'agit de pécule. On n'exige plus un *animus* spécial du maître au moment de l'acquisition.

Mais la dérogation à la règle consiste-t-elle simplement en ce que l'esclave tenant son pécule de la seule volonté du maître, celui-ci est censé au début avoir donné un consentement général à toutes les acquisitions que pourrait faire l'esclave dans la suite ? Non : Paul va plus loin, et déclare que ce ne sont pas les maîtres qui transmettent l'*animus* à leurs esclaves : mais qu'au contraire ce sont les esclaves qui prêtent leur *animus* au maître (L. 3, § 12, *De acq. vel*

amitt. poss.). En effet, même si le maître est captif, son esclave peut encore prendre possession *ex peculiari causa* : c'est dire que l'*animus* réside chez l'esclave même. Autrement la prise de possession serait impossible puisque le captif ne peut conserver l'*animus* (L. 44, § 7, 41, 3). Enfin Papinien, se demandant les motifs de cette dérogation, les trouve dans une raison d'utilité : « *Utilitatis causa* » « *receptum ne cogherentur domini per momenta species et causas peculiorum inquirere* » (44, § 1, D. 41, 2).

En principe, l'esclave d'un *infans*, d'un *furiosus*, d'une cité, d'un captif, d'une hérédité jacente, ne peut rien posséder, puisque l'*animus* n'existe pas chez le possesseur. Une exception fut admise pour les choses acquises *ex peculiari causa* (1, §, 5, *in fine* ; 1, § 22, D. 41, 2). Cette exception finit par être généralisée ; une raison d'utilité publique l'exigeait.

c. — Des esclaves dont on a l'*usufruit* ou l'*usage*.

50. Les acquisitions d'un esclave soumis à un usufruit se divisent entre l'usufruitier et le

nu propriétaire. L'usufruitier a sur cet esclave une servitude. Il a le *jus utendi fruendi*. Par suite de ce *jus utendi fruendi*, il a le droit de profiter de ce qui provient *ex operis servi*. Il a de plus, avec un certain tempérament, le droit de profiter de ce qui provient *ex re sua*, en vertu de ce principe d'équité que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui.

L'usufruitier, ayant le *jus fruendi* sur l'esclave, doit avoir aussi bien les produits du travail fait pour lui directement par l'esclave que ceux du travail fait par l'esclave pour un tiers. C'est ce dernier travail que l'on qualifie de *operæ servi*.

Lorsque l'usufruitier a fait faire une acquisition par l'esclave, que celui-ci a acheté au nom de l'usufruitier, et que l'argent a été payé par l'usufruitier, point de difficultés, l'usufruitier acquiert *ex re sua*.

Nous avons aussi une décision formelle dans un cas qui cependant pouvait paraître douteux, c'est celui où l'esclave ayant payé *ex re fructuarii* a déclaré acheter pour le *dominus*. Pomponius (39, D. 45, 3) décide que l'acquisition profitera au *dominus*, sauf le droit pour l'usufruitier d'intenter contre lui une *condictio* pour se faire tenir compte de la somme payée.

Si l'esclave de l'usufruitier a acheté, a reçu la tradition et n'a pas payé, mais a donné quelque satisfaction équivalente, à qui appartient la chose? La propriété est *in pendentī*. Tout dépend de cette question: des deniers de qui l'esclave paiera-t-il?

Si le paiement n'a lieu qu'après l'extinction de l'usufruit, ne doit-on pas dire que la chose appartient au nu propriétaire? C'est ce que décidaient Marcellus et Mauricianus. Néanmoins Julien pense qu'il faut encore décider de même: la propriété appartiendra à celui des deniers duquel la chose aura été payée. Ulpien approuve cette opinion comme plus conforme à l'équité (L. 25, § 1, D. 7, 1).

2° Des doutes s'étaient élevés au sujet de l'acquisition de la possession par l'esclave de l'usufruitier (Gaius, II, 94). En effet, l'usufruitier d'un esclave n'a pas la possession de cet esclave, mais seulement la *detentio*. Mais cela fut admis par analogie avec le fils de famille au moyen duquel le père acquiert la possession, bien qu'il de le possède pas (f. 1, § 8 et 49, D. 41, 2). Justinien admet cette solution comme n'étant point contestée.

Quant à l'usager, il ne peut profiter des acquisitions provenant *ex operis servi* ou *ex fructu*: car le droit d'usage ne comprend pas le *jus fruendi*.

Mais il profitera des acquisitions provenant *ex re sua* (14, D. 7, 8).

d. — Esclaves d'autrui possédés de bonne foi.

Celui qui possède de bonne foi l'esclave d'un tiers acquiert par lui, *ex re sua*, par suite d'un motif d'équité; *ex operis ejus*, par suite de sa bonne foi. La situation n'est cependant pas la même que celle de l'usufruitier. Elle est plus avantageuse en un point. Car le possesseur de bonne foi peut usucaper, à la différence de l'usufruitier.

Il y a entre eux une seconde différence, sur laquelle du reste il s'était élevé des doutes. Lorsque le possesseur perd sa bonne foi, il ne peut plus, selon Ulpien et Gaius, acquérir *ex operis servi*. Mais le principe d'équité s'oppose à ce qu'il ne puisse acquérir *ex re sua* (L. 20 *De rei vind.* 6. 1; L. 23, § 1, 41, 1). Julien au contraire décide que le possesseur continue à acquérir *ex operis servi* tant qu'il n'est pas évincé.

*e. — Personnes libres possédées de bonne foi
comme esclaves.*

51. Une personne se croit esclave : la personne qui la possède est dans la même erreur.

Le prétendu maître acquiert, comme celui qui possède l'esclave d'autrui, *ex re sua, ex operis ejus*. Il y a cependant deux différences entre ces situations : la première résulte de ce que l'esclave d'autrui peut être usucapé, mais non l'homme libre, et la seconde de ce que les acquisitions de l'esclave d'autrui appartiennent à son maître et celles de l'homme libre à lui-même. Mais que devient l'acquisition faite par l'esclave ou l'homme libre, après que le possesseur est devenu de mauvaise foi? S'il s'agit de l'esclave, le possesseur n'y a plus droit, ni le véritable maître non plus, parce qu'il ne possède pas ; l'homme libre ne peut davantage profiter de cette acquisition, « *quia ab alio possidetur*, » dit la L. 1, § 6, l. 41, tit. 2.

§ 4. — *Tradition à une personne incertaine.*

52. Il n'est pas nécessaire que le *tradens* connaisse déterminément la personne à laquelle il veut faire tradition. Les Institutes nous en citent un exemple (§ 46, l. 2, t. 1). Et en effet toutes les conditions nécessaires à la tradition existent ici : nous avons l'*animus*, l'intention de livrer à la personne quelconque qui recevra. Un intervalle pourra s'écouler entre le moment où le *tradens*

a livré et celui où une personne, qui joue ici le rôle de l'*accipiens*, prendra l'objet, c'est la seule différence qui existe avec la tradition ordinaire.

53. A ce cas de tradition *incertæ personæ* faut-il assimiler, comme Justinien, la *derelictio* d'une chose dont quelqu'un vient à s'emparer? Il semble qu'il y ait dans ce cas occupation d'une chose *nullius* et non tradition.

En effet, ici nous ne trouvons plus comme dans la *traditio incertæ personæ* un *tradens*, une personne qui livre. Les Institutes nous parlent d'une personne qui n'a point l'intention de la livrer à qui que ce soit. Elle ne veut plus de la chose, mais elle n'a pas manifesté l'intention de la livrer à un autre. Il n'y a donc pas ici tradition mais occupation, et le *tradens* perd immédiatement la propriété.

Si on admet qu'il y a ici tradition, il faut que l'*accipiens* entre en possession du *corpus*. Jusque-là, le *tradens* ne perd pas la propriété. C'était l'opinion des proculiens. L'intérêt de la question se présente à plusieurs points de vue.

L'occupation est un mode d'acquisition d'une chose *nullius* qui appartient sans restriction au premier occupant. Si donc dans l'ancien droit cette chose est *mancipi*, l'occupant en

devient immédiatement propriétaire. Si une chose *mancipi* est livrée, elle ne peut être acquise que par l'usucapion. De même si la chose a été abandonnée et que je l'acquière par occupation, quand même j'aurais l'intention de commettre un *furtum*, je n'en commets point, parce qu'il n'y a pas de voleur quand il ne se trouve pas une personne volée (*De furtis*, l. 43, § 5). Si au contraire il y a tradition et que le *derelinquens* reprenne l'*animus possidendi*, il y a *furtum*.

De plus, quand une chose est *res nullius*, on n'a aucun droit à respecter sur cette chose. Il s'ensuit que le gage ou l'hypothèque qui la frappe ne se transmet pas à l'occupant.

☞ Cependant il semble bien résulter des textes que les Romains assimilaient ce cas d'occupation à la tradition. Un texte de Pomponius (L. 5, § 1, *Pro derel.*) identifie le cas où j'ai jeté de l'argent à la foule et celui où j'ai abandonné une chose dont une personne s'est emparée.

Quant à Justinien, il met les deux cas sur la même ligne sans avoir l'air de soupçonner que la question soit discutée. il semble que dans la rigueur du droit il y a bien là *derelictio* d'un côté, et par conséquent occupation de l'autre, car le *derelinquens* n'a pas eu l'intention de livrer, et sans *tradens*, pas de tradition. Cependant les

deux hypothèses ont été confondues par des raisons d'intérêt pratique. Voici un cas de tradition *incertæ personæ* qui avait fait doute.

54. Titius donne mandat à Sempronius d'acheter de la laine et de la recevoir pour lui. Sempronius s'acquitte du mandat sans nommer Titius. Le vendeur a-t-il transféré la propriété à Titius? La raison de douter, c'est que le vendeur ne connaît pas déterminément son acheteur.

On a dit que c'était Sempronius qui était devenu propriétaire :

1° Le fragment 59, D. 41, 1, décide que la chose ne devient la propriété du mandant que lorsque le mandataire la lui a transférée.

2° Dans le fragment 13 D. 39, 5, Ulpien donne un exemple où la propriété est transférée au mandant; mais il a soin de dire que le *tradens* a aliéné avec l'intention de faire acquérir à celui-ci.

3° De même Nératius, dans le fragment 13, D. 41 1, exige pour que la propriété soit acquise au mandant que la tradition ait eu lieu *suo nomine*.

On répond : 1° que le fragment 59 de Callistrate prévoit le cas où les parties ont convenu que le mandataire acquerrait pour lui.

2 Dans le fragment 13, D. 39, 5, Ulpien sup-

pose que le mandataire a été infidèle et il ajoute que, pourvu que le *tradens* ait voulu que le mandant acquière, cela suffit. Mais il n'a pas l'intention d'exiger comme condition spéciale que le *tradens* connaisse le mandant.

3° Enfin le fragment 13, D. 41, 1, traite la question de l'acquisition *ignoranti mandanti* : l'hypothèse est donc différente.

Il faut admettre l'affirmative comme conforme au principe que nous avons énoncé plus haut, c'est-à-dire que la tradition peut être faite à une *incerta persona*. Le *tradens* n'attache pas une importance particulière à la personne de l'*accipiens*. Dans le premier cas de tradition à une personne incertaine que nous avons cité, le *tradens* entend rendre propriétaire le premier qui se mettra en possession ; dans cette dernière espèce il veut rendre propriétaire qui le paie.

CHAPITRE VI.

CHOSSES SUSCEPTIBLES DE TRADITION.

55. Il fallait que la chose fût susceptible de tradition, ce qui dans l'ancien droit excluait les choses *mancipi* (Gaius, *Comm.* II, § 19 ; Ulpien, 19, § 7).

56. Il fallait que la chose fût *in commercio*, ce qui excluait les fonds provinciaux. Ces fonds pouvaient être possédés ; mais on ne pouvait en devenir propriétaire. La propriété à l'origine avait été le résultat de la conquête, et l'Etat en était le dispensateur. L'*ager romanus* avait été partagé entre les citoyens et donné en toute propriété. Il n'en était pas de même des fonds italiques et provinciaux, dont on ne pouvait obtenir que la possession. Les fonds italiques à la suite des guerres sociales furent assimilés à l'*ager romanus*. Mais quant aux fonds provinciaux, ils restèrent tributaires d'un cens. Sous Auguste, ils se divisèrent en *prædia stipendiaria* appartenant toujours au peuple et en *prædia tributaria* appartenant à l'empereur. Ces fonds n'étaient pas susceptibles de propriété, mais d'un droit de jouissance. Cette distinction, qui ne reposait sur aucun motif juridique, devait disparaître avec le temps. Nous voyons, en effet (Fr. Vat. § 315), qu'on pouvait sous Dioclétien acquérir le *dominium* d'un fonds tributaire. Enfin Justinien assimila complètement les fonds provinciaux et les fonds italiques.

Sont encore *extra commercium* les choses sacrées ou religieuses, les portes des villes, etc.

57. Enfin la chose doit être corporelle ; ainsi

les servitudes ne peuvent être constituées par tradition. L'occupation, la tradition, l'usucapion sont propres aux choses corporelles. La mancipation ne peut s'appliquer qu'aux servitudes rurales.

L'*in jure cessio*, l'*adjudicatio* et le legs *per vindicationem* sont les seuls moyens de créer les servitudes rurales et urbaines.

58. Mais les Romains pensèrent à appliquer à certains droits et notamment aux servitudes les effets de la possession. Et en effet l'exercice d'un droit n'équivaut-il pas à la détention d'une chose ? Cet exercice fut qualifié de *quasi possessio*, le fait de permettre cet exercice fut appelé *quasi traditio* (Fr. 1, § 2, D. 8, 3 ; L. 20, D. 8, 1 ; L. 1, § 2, 43, 19).

Le préteur avait donc, à l'image de la possession, reconnu une quasi-possession. Cette quasi-possession se composait aussi de deux éléments : un élément matériel, l'exercice du droit, un élément intentionnel, la volonté de l'exercer pour soi. Elle se transférait *quasi traditione*, comme par la tradition. Le propriétaire du fonds soumis à la servitude laisse faire : cela équivaut à tradition.

59. Comment s'opère cette quasi-tradition soit pour les servitudes prédiales soit pour les servitudes personnelles ?

a. — *Servitudes prédiales.*

Les servitudes prédiales considérées au point de vue de l'ayant droit à la servitude sont positives ou négatives : Positives, elles consistent soit *in faciendo* : par exemple, j'ai le droit de passer sur le fonds de Titius : soit *in habendo*, j'ai le droit d'avoir un balcon, un toit qui avance sur le fonds voisin.

Négatives, j'ai le droit d'empêcher mon voisin de bâtir pour qu'il ne gêne pas ma vue.

60. Lorsque la servitude est positive, la quasi-tradition consistera dans les actes que j'exécuterai, dans le fait de passer ou de construire.

61. La servitude est-elle négative? il y a possession de la servitude, et ceci est indiscutable, lorsque mon voisin grevé de la servitude *altius non tollendi* veut élever son bâtiment et que je l'en empêche soit par un ordre du magistrat, soit par force, soit même par simple opposition (Savigny). Mais nous ne pensons pas, avec M. de Savigny et plusieurs interprètes modernes, que dans tout autre cas il puisse y avoir quasi-possession des servitudes négatives, suivant ces auteurs, l'inaction du propriétaire voisin fondée sur une convention ou un testament implique-

rait la quasi-possession. En l'absence d'un texte, nous nous refusons à adopter cette opinion, quelque grande que soit l'autorité de ses auteurs. L'abstention d'un propriétaire ne peut être une présomption de droit au profit d'un tiers qui prétend exercer une servitude négative.

b. — Servitudes personnelles.

62. En droit civil l'usufruit ne peut être constitué par la tradition (Frag. Vat., § 47, *in fine*). Mais en droit prétorien l'usufruit peut être *translatus* au moyen de la tradition. Il y aura tradition lorsque le propriétaire déclarera en présence de la chose qu'il en abandonne la jouissance à l'autre partie ou lorsqu'il lui remet les clefs (L. 7, D. l. 3 pr.).

Cette tradition permet de constituer l'équivalent d'un droit de servitude sur un fonds provincial (L. 3, C. 3, 34).

63. Il y avait un deuxième moyen de constituer une servitude sur ces fonds, c'étaient les pactes et stipulations.

Mais une servitude constituée par ce dernier mode donne-t-elle un droit réel ou faut-il, en outre, une quasi-tradition ?

Cette question donne lieu aux plus vives controverses :

Et d'abord quel est son intérêt? C'est que jusque-là la propriété n'est pas transférée. Si la quasi-tradition est nécessaire, il en résulte que, si avant qu'elle n'ait eu lieu, le vrai propriétaire vend son fonds, l'usufruitier n'a aucun droit vis-à-vis du nouvel acquéreur.

L'opinion qui paraît dominer parmi les interprètes français est que les pactes et stipulations ne peuvent produire un droit réel. Ce système semble, en effet, plus conforme aux principes généraux. En droit romain un contrat ne suffit pas à transférer la propriété : « *Dominia rerum non nudis pactis sed traditionibus transferuntur.* » N'est-il pas contradictoire et illogique d'admettre ce principe pour la propriété et de le repousser pour ses démembrements? Le droit réel existant pour tous doit être aussi attesté aux yeux de tous.

L'étude des textes fournit des arguments puissants en faveur de cette opinion. La loi 3, pr. D. *De obl. et act.*, s'exprime ainsi : « *Obligationum substantia non in eo consistit ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis adstringat ad dandum aliquid vel faciendum.* »

La stipulation ne peut donc faire naître une servitude, puisque la stipulation ne produit que des obligations et que l'obligation ne peut avoir cet effet.

Enfin il semble résulter de plusieurs passages des Pandectes que la quasi-tradition est nécessaire pour la constitution des servitudes.

La loi 11, § 1, D. *De Publ. act.*, dit : « *Si de usufructu agatur tradito Publiciana datur : itemque servitutibus urbanorum prædiorum per traditionem constitutis.* » De même l. 1, § 2, 8, 3 : « *Traditio plane et patientia servitutum officium inducet prætoris.* » On invoque encore les textes suivants : L. 20, D. 8, 1 ; L. 10, pr. D. 8, 5.

Plusieurs textes semblent montrer qu'il ne suffit pas qu'une servitude soit stipulée pour qu'elle soit établie (L. 11, D. *De serv.* 8, 1). « *Si quis fundum habens, viam stipuletur et partem fundi postea alienet, corrumpit stipulationem, in eum casum deducendo a quo stipulatio incipere non possit.* »

Nous nous rangeons à l'opinion généralement soutenue en Allemagne et en Belgique, d'après laquelle les servitudes peuvent naître comme droit réel d'un pacte et d'une stipulation. Les textes favorables à ce système sont nombreux.

Nous distinguerons d'abord l'époque anté-

rière à Justinien. On peut citer en faveur de cette opinion la loi 1, § 9, 43, 18 et surtout la loi 1 pr. D. *Quib. modis ususf. amitt.* : « *Parvi refert utrum jure sit constitutus ususfructus, an vero traditione prætoris; proinde traditus quoque ususfructus item in fundo vectigali vel superficie non jure constitutus, capitis minutione amittitur.* » Ce texte distingue clairement l'usufruit constitué, en vertu du droit civil, en vertu du droit prétorien et enfin livré. La tradition ne doit donc pas nécessairement accompagner les pactes et stipulations (Gaius, Comm. II, § 31) (D. l. 3, pr. 7, 1). La loi 25, § 7, eod. tit., est aussi décisive; car elle s'exprime ainsi : « *Quotiens jure legati ususfructus sit constitutus an et si per traditionem, vel stipulationem, vel alium quemcunque modum.* » Comment soutenir en présence de ce texte que la stipulation ne peut se passer de la tradition? Le texte dit clairement que l'usufruit peut être constitué soit par tradition, soit par stipulation. On ne peut pas soutenir que *vel* doit être remplacé par *et*; car la rédaction est la même dans toutes les éditions. La loi 36, l. 8, t. 3, D. suppose une servitude constituée par stipulation. Une personne a deux fonds; elle en vend un, et sur le fonds qu'elle retient elle s'impose une servitude *aguæ ducendæ*; si elle vend ensuite

le fonds servant, la servitude reste à la charge du fonds vendu. Il s'agit donc bien ici d'un droit réel. Il faut ajouter la loi 33, § 1, eod. tit., la loi 3, § 2, t. 19, 1, la loi 12, D. 20, 1.

La loi 3, § 14 D. 43, 16, est très explicite. Voici ce qu'elle suppose : le nu propriétaire veut empêcher l'usufruitier de jouir. L'usufruitier, dit le jurisconsulte, ne peut employer d'interdits. Il devra revendiquer l'usufruit. Ainsi l'usufruitier pourra *vindicare usumfructum* si on lui défend d'entrer en jouissance. Il a donc un droit réel avant la quasi-tradition.

Nous avons de plus des lois au Code conçues dans le même sens (L. 4 C. 3,33) (L. 14 C. 3,34).

Ces textes nous prouvent que, par la seule force des pactes et des stipulations, une servitude peut être constituée. Il faut du reste remarquer que c'est du pacte et non de la stipulation que naît la servitude. Les textes qui parlent sans cesse de stipulations pourraient amener une confusion et faire croire que la stipulation suffit à constituer la servitude. Il importe d'autant plus de repousser cette interprétation qu'elle a servi d'argument à l'opinion contraire. Si en effet la stipulation est le fait générateur de la servitude, on nous opposera des textes qui démontrent qu'une servitude stipulée n'est pas

encore acquise (L. 11 D. 8, 1) (L. 19 D. 8, 3) (L. 25, § 9, 10 D. 10, 2) (L. 3 pr. D. 44, 7).

Tous ces textes citent des exemples de stipulations par lesquelles on promet de constituer une servitude.

Ces stipulations ne peuvent engendrer que des obligations, il est impossible de le contester. Mais autre chose est cette stipulation, autre chose celle qui vient s'ajouter à un pacte par lequel une servitude a été constituée. Cette dernière stipulation n'est qu'une clause de garantie qui vient s'ajouter au pacte, et elle ne peut avoir aucune influence sur la valeur du droit qu'elle n'a point créé. La preuve que cette stipulation n'est qu'une clause accessoire, c'est que souvent des servitudes sont constituées par simple pacte, sans qu'aucune peine ait été stipulée en cas de non-exécution de la convention (L. 12 D. 20, 1) (L. 14 pr. C. 3, 34) (L. 12 § 4, 8, 10).

Les objections tirées des textes précités reposent donc sur une confusion faite entre la stipulation *servitutem vel usum fructum dari* qui ne peut constituer une servitude, et la stipulation *per te non fieri quominus mihi ire, agere, uti, frui liceat*, qui accompagne souvent le pacte constitutif de la servitude. Lorsqu'il y a stipulation

Len.

6

servitutem dari, la tradition est nécessaire pour la constituer. (L. 3 pr. D. 7, 1) (L. 30, § 5 D. 12, 2.)

L'opinion contraire s'appuie sur les principes généraux (L. 20 *De pactis*): « *Traditionibus et usu-
« capionibus dominia rerum non nudis pactis trans-
« feruntur.* » Si, dit-on, la propriété ne peut se transférer sans la tradition, il doit en être de même des servitudes. Le système contraire serait illogique.

Nous contestons la généralité de ce texte. Que dit-il en effet ? *Traditionibus dominia rerum transferuntur*. Or ce mot *dominia* s'entend et ne peut s'entendre que de la propriété et non de ses démembrements. S'il s'agissait ici de servitude le texte ne parlerait pas d'usucapion, puisque l'usucapion ne peut s'appliquer aux servitudes.

Nous avons parlé plus haut de l'objection tirée de ce que la stipulation ne peut établir un droit de servitude. Il faut y revenir à propos d'un texte qui paraît très précis en ce sens. C'est la loi 3 pr. D. *De obl. et act.* « *Obligationum
« substantia non in eo consistit ut aliquod corpus
« nostrum aut servitutem nostram faciat sed ut
« alium nobis adstringat ad dandum aliquid vel
« faciendum.* »

Il semble résulter de ce texte que ni la con-

vention ni la stipulation ne peuvent établir la servitude. En droit civil cela ne peut être contesté, et c'est du droit civil que Paul traite dans ce texte. Mais pourquoi ne pas admettre que le prêteur a muni un simple pacte d'une action utile *in rem* ? Le droit d'hypothèque s'établit par simple convention. Pourquoi n'en serait-il pas de même de la servitude ?

Enfin on objecte que de nombreux textes parlent de quasi-tradition dans la constitution des servitudes.

En effet, dans certains cas la tradition est nécessaire pour la constitution même des servitudes. Cela résulte de la loi 19 pr. D. *Quemad. serv. amitt.* En vendant une partie de ma propriété je conviens que je jouirai d'un droit d'aqueduc sur cette partie en faveur de l'autre portion dont je conserve la propriété. Il est entendu que je ferai faire un fossé sur le fonds servant. La servitude ne peut exister immédiatement. Elle ne sera constituée que quand j'aurai creusé ce fossé (id. l. 35 D. *De serv.*).

La quasi-possession est encore nécessaire pour permettre à l'ayant droit à la servitude d'intenter la Publicienne (L. 11, § 1 *De Publ. act.*) (L. 1, § 2 D. 8, 3.)

Elle est nécessaire pour donner au possesseur

de la servitude les interdits (L. 20 *De serv.* D. § 1)
(L. 3, § 17 D. 43, 16.)

Mais en dehors de ces cas la tradition n'est pas nécessaire pour la constitution des servitudes. Il est clair que si je vends un fonds, et que je retienne un droit de servitude sur ce fonds il n'y a pas besoin de tradition. De même la quasi-tradition ne se conçoit pas dans les servitudes négatives, qui consistent à ne pas faire (1). Tout ce qu'on peut admettre, ce sont des équivalents.

(1) Nous croyons intéressant de citer ici un passage de M. de Vangerow, un des rares partisans en Allemagne de l'opinion opposée :

„Bei der ganzen vorigen Erörterung ist nur an die sog. servitudes affirmativæ gedacht worden; denn bei den sog. negativen genügt gewiß schon der bloße Vertrag. Es ist dies aber nicht als Singularität aufzufassen, sondern der Vertrag genügt hier darum, weil mit dem Abschluß des Vertrags sogleich auch der Besitz der eingeräumten Servituten erworben, und also ohne daß es eines besondern äußern Aktes bedürfte, die Quasi-Tradition geschehen ist.“

Il résulte de la première phrase de ce texte que, quand il s'agit d'une servitude négative, la quasi-tradition n'est point nécessaire. Cependant M. de Vangerow ne se contredit-il pas lui-même à la phrase suivante, lorsqu'il déclare que la quasi tradition est accomplie sans acte extérieur? Si le contrat se suffit à lui-même, pourquoi parler de quasi tradition? D'ailleurs, comment concevoir une quasi tradition sans acte extérieur?

Enfin une servitude qui dépend d'une éventualité peut être valablement établie, et ici la quasi-tradition n'est pas non plus nécessaire. « *quoque ædificio, quod nondum est, vel imponi vel Futuro adquiri servitus potest.* » (L. 23 § 1 D. 8, 2.)

64. La superficie qu'on peut aussi considérer comme une servitude d'une nature particulière est un droit prétorien qui permet de jouir à perpétuité d'une construction faite sur un sol dont on n'est pas propriétaire (D. 43, 18). La superficie s'établit ordinairement par bail. Elle peut s'établir par tous les moyens de droit civil. La quasi-tradition est-elle nécessaire ? Nous inclinons vers la négative par assimilation avec l'hypothèque.

CHAPITRE VII.

MODALITÉS QUI PEUVENT INTERVENIR DANS LA TRADITION.

65. Nous nous occuperons de l'influence que peut avoir sur les effets d'une tradition accomplie une condition suspensive et résolutoire soit *pendente conditione*, soit après l'événement de la condition.

I. — *Tradition faite sous une condition suspensive.*

66. La tradition ne produit pas ses effets ordinaires lorsqu'elle a été faite sous une condition suspensive. La translation de la propriété n'a pas lieu immédiatement, mais seulement à l'arrivée de la condition (L. 7, § 3, D. 23, 3 ; L. 29, D. 39, 6).

67. Le *tradens* conserve la propriété. Conserve-t-il également la possession ? La question est discutée. En l'absence d'un texte il semble naturel de décider que la possession est transférée à l'*accipiens*. Car autrement quelle utilité retirerait-il de la tradition ? Et pourquoi le *tradens* aurait-il livré s'il n'avait pas eu l'intention de transférer au moins la possession ? L'*accipiens* aura donc le droit d'exercer les interdits.

68. Après la tradition quels droits resteront au *tradens* ?

Il est toujours propriétaire. Néanmoins la tradition est venue en fait limiter ses droits. Ainsi il ne peut faire une seconde tradition, puisqu'il a livré la possession. Il ne peut pas donner la chose en gage. Mais quant aux actes qui n'impliquent pas la remise de la possession, nous ne voyons pas pourquoi ils ne lui seraient

pas permis. Ainsi il peut hypothéquer : à l'arrivée de la condition, l'hypothèque cessera de produire son effet vis-à-vis de l'acquéreur.

69. Lorsque la condition est accomplie, elle ne produit pas d'effet rétroactivement.

L'*accipiens* n'est pas considéré comme ayant été propriétaire depuis le contrat. « *Medio tempore dominium remanet apud eum qui donavit.* » (L. 11, pr., D. 24, 1.) Il en résulte que l'*accipiens* n'a pu ni disposer de la chose ni la grever de droits réels avant l'arrivée de la condition.

II. — *Tradition faite sous une condition résolutoire.*

70. Lorsqu'une tradition a été faite sous une condition résolutoire, quels sont ses effets *pendente conditione* ?

La tradition a rendu l'acheteur propriétaire ; si la condition vient à se réaliser, il est tenu envers le vendeur d'une action personnelle par laquelle il devra retransférer la propriété à ce dernier. En ce qui concerne la vente sous condition résolutoire, les textes nous disent qu'elle est pure et simple, mais résoluble sous condition. Les Romains voulaient exprimer par là que l'analyse de ce genre de contrat y faisait

découvrir deux éléments parfaitement distincts. En effet, lorsque Titius vend un domaine à Secundus et convient avec lui que la vente sera résolue s'il est nommé consul, ce contrat se décompose en deux actes différents : 1° en une vente pure et simple ; 2° en un pacte adjoint à cette vente qui donne le droit au vendeur de faire résilier le contrat si une certaine condition s'accomplit. Cette idée est nettement indiquée dans les textes : « *Si res ita distracta sit ut, si displicuisset, inempta esset, constat non esse sub conditione distractam, sed resolvi emptionem sub conditione.* » De même : « *Si fundus commissoria lege venierit, magis est sub conditione resolvi emptio quam sub conditione contrahi videatur.* » (Fr. 3, D. *De cont. emp.*, 18, 1 ; Fr. 12 D. *De leg. comm.*, 18, 3.)

71. Ces conditions résolutoires s'inséraient donc dans des pactes qui suivaient la convention, et ces pactes accessoires, pourvu qu'ils s'y rapportassent, avaient force obligatoire par l'action même du contrat. Ces pactes étaient le pacte de réméré, le *pactum displicentiæ*, puis deux pactes qui pouvaient être entendus soit comme condition suspensive, soit comme condition résolutoire, la *lex commissoria* et l'*addictio in diem*.

72. La tradition à l'époque classique, bien que

faite sous condition résolutoire, produit donc son effet ordinaire. Si en effet l'acheteur n'est tenu envers le vendeur que d'une action personnelle, c'est que la tradition a produit son résultat translatif malgré la condition.

Le droit de l'acheteur subsiste dans toute sa plénitude, malgré l'insertion de la condition. Il peut disposer de la chose, la grever de droits réels.

Si l'insertion d'une condition résolutoire ne modifiait pas l'effet de la tradition, cela s'explique par l'idée absolue que les Romains se faisaient du droit de propriété. A l'époque classique et encore au temps de Dioclétien, un vendeur ne peut transférer la propriété de telle sorte que, à l'arrivée d'un événement, elle cesse d'appartenir à l'acheteur. Le droit ainsi transféré ne rentrerait ni dans le droit de propriété perpétuel par essence ni dans un autre droit reconnu par la loi. Le contrat est donc nul (Frag. Vat., § 283).

73. Des romanistes allemands ont cependant soutenu qu'à l'époque classique la propriété pouvait être transférée *ad tempus*.

On se fonde : 1° sur un texte de Gaius d'après lequel tous les pactes ajoutés à la tradition sont valables (Fr. 48, D. 2, 14). Or, dit-on, la con-

vention établissant un *dies ad quem* n'est qu'un pacte ajouté à la tradition.

Nous répondrons immédiatement qu'on tire une conséquence trop étendue de ce texte de Gaius. Sans doute, par un pacte adjoin t au contrat rien n'empêche les parties de stipuler certaines conditions, comme celles-ci : la propriété ne sera transférée qu'à partir d'un certain terme ou quand une certaine condition sera remplie. Mais il n'y a pas de raison pour supposer que Gaius ait entendu se soustraire à un principe que nous voyons proclamé si formellement encore du temps de Dioclétien, « *ad tempus proprietas transferri nequit* » (§ 283, Frag. Vat.).

2° On fait remarquer que l'action personnelle pourrait être utile même en admettant la possibilité d'employer l'action *in rem*. Ainsi le vendeur, pour se faire restituer les fruits et accessoires après l'accomplissement de la condition résolutoire, ne pouvait employer la revendication, mais l'action personnelle (L. 4, pr., D. 18, 3). Donc, dit-on, de ce que les textes parlent d'action personnelle il n'y a point à conclure qu'ils repoussent absolument l'action *in rem*.

3° On se fonde sur la loi 29, D. 39, 6; sur la loi 41, D. 6, 1. Ces deux textes sont d'Ulpien et

nous ne les considérons pas comme des arguments sans réplique en faveur de l'opinion que nous combattons, puisque nous ne contestons pas qu'Ulpien dès l'époque classique soutenait déjà l'opinion qui a fini par triompher sous Justinien. Mais nos adversaires invoquent des textes provenant d'autres jurisconsultes qui paraissent enseigner la même doctrine (L. 8, D. 18, 3 ; L. 14, D. 39, 6 ; L. 1 et 4, C. 4, 54).

Néanmoins nous croyons que ces textes peuvent se réfuter. L'expression *vindicare* peut s'entendre dans le sens général de réclamer.

La loi 14, D. de Julien suppose qu'une donation à cause de mort a été faite sous condition suspensive. En effet, il ressort clairement d'un autre texte de Julien, la loi 4, D. 24, 1, qu'en cas de donation à cause de mort, *si convaluerit donator*, le donataire n'est tenu que d'une *condictio*.

Les textes opposés par nos adversaires ne sont donc pas probants, et tout ce qu'on peut en conclure, c'est qu'une minorité parmi les jurisconsultes de l'époque classique admettait la translation de la propriété *ad tempus*. Notre opinion se fonde sur le § 283 des Frag. Vat. où nous voyons le principe posé d'une façon absolue. « *Ad tempus proprietatis transferri nequit.* »

Sur la loi 2, C. 4, 54, de laquelle il résulte qu'en cas de vente sous condition résolutoire le vendeur, après l'accomplissement de la condition, ne pouvait employer que l'action *præscriptis verbis* ou l'action *venditi*.

Si dans l'ancien droit la propriété avait pu être transférée *ad tempus*, comment s'expliquer la clause de *fiducie* par laquelle le débiteur obtenait du créancier qu'il avait payé la restitution de sa chose? Cette clause n'eût point été nécessaire si la propriété eût pu revenir de plein droit à l'aliénateur.

Enfin, il résulte des termes timides d'Ulpian que l'opinion qu'il propose est une innovation. Elle n'a triomphé définitivement que sous Justinien, qui dans la l. 2, C. 8, 55, a reproduit la constitution de Dioclétien et de Maximien (Fr. Vat. 283); mais l'a modifiée au point de vue de la translation de propriété *ad tempus*.

74. Dans le dernier état du droit le vendeur, lorsque la condition résolutoire est accomplie, peut employer la revendication utile. Il pourra donc rentrer en possession de sa chose, même quand elle est entre les mains d'un tiers détenteur. Faut-il en conclure que l'action personnelle lui est désormais inutile? Non. Il y a deux cas dans lesquels l'action personnelle lui sera

utile : il est clair d'abord que le vendeur ne pourra pas revendiquer s'il n'était pas propriétaire. De même l'acheteur étant devenu propriétaire des fruits et *accessiones*, ce n'est que par l'action personnelle que le vendeur pourra se les faire restituer.

75. Quel est l'effet de la résolution sur les droits conférés par l'acheteur et par le vendeur? Une fois la résolution accomplie, faut-il admettre que le *tradens* n'a aucun compte à tenir des droits réels établis par l'*accipiens*? Les textes ne s'expliquent pas sur ce point d'une façon positive. Cependant la loi 4, § 3 *De in diem add.* le décide en cas de *in diem addictio*. La même solution se trouve dans la loi 3 *Quib. mod. pign. solv.* On ne voit pas pourquoi cette solution ne serait pas généralisée pour toute condition résolutoire. Il y a la même raison de décider.

76. Si les droits de l'acheteur sont anéantis, ils ne le sont pas rétroactivement. C'est ce qui résulte des textes que nous venons de citer. L'acheteur ne doit pas être considéré comme n'ayant jamais été propriétaire. Si les droits qu'il a conférés sont anéantis, c'est parce qu'il n'a pu en transmettre plus qu'il n'en avait lui-même.

On objecte que, si le contrat se trouve anéanti

par la résolution, il doit en être de même de la translation de la propriété. Mais cette assertion tombe devant les textes. Ulpien dit : « *Et quidem finita est emptio.* » (L. 4 pr. *De leg. comm.*) La vente n'est pas effacée dans le passé : elle tombe seulement pour l'avenir.

Si le vendeur confère des droits *pendente conditione*, l'arrivée de la condition ne les fait pas valoir rétroactivement. En admettant que la vente est résolue rétroactivement, on validerait ces droits. Il faut admettre simplement que le vendeur n'a pas pu conférer de droits parce qu'il n'était plus propriétaire.

CONCLUSION.

77. Ce qui frappe dans l'étude de la translation de la propriété en droit romain, c'est l'abandon successif des formes matérielles qui l'accompagnaient à l'origine. Nous ne blâmerons pas cette tendance. L'abandon de ces formes dénotait un progrès. Par là les Romains cherchaient à se dégager du formalisme du passé et s'attachaient de plus en plus à l'intention des parties. C'est en suivant cette pente qu'ils aban-

donnèrent successivement la *mancipatio* et l'*in jure cessio* pour la tradition ; puis la tradition matérielle elle-même ne fut plus nécessaire et fut remplacée par la tradition feinte. L'abandon de ces formes anciennes n'était cependant pas sans inconvénients, sans elles la transmission de la propriété devenait occulte. En somme, la tradition était une institution équivoque, mal définie, puisque la question de savoir si elle est ou non translatrice de propriété dépend de l'intention des parties.

Notre droit suivit la marche inverse. Il vit le danger des abstractions juridiques. Ses tentatives furent plutôt de matérialiser la transmission de la propriété, en l'accompagnant de formalités de nature à la faire connaître. Ce n'était point un retour vers le passé, un emprunt à des symboles surannés et à une civilisation dans l'enfance : c'était une idée nouvelle et plus large qui se faisait jour : l'idée de l'intérêt des tiers que les Romains n'avaient pas comprise, que notre droit lui-même n'avait qu'insuffisamment dégagée, et qu'une loi récente qui va être maintenant l'objet de notre étude a enfin sauvegardée.

DROIT FRANÇAIS

INTRODUCTION.

1. Le Code civil a proclamé le principe de la transmission de la propriété par la seule force de la convention. (Notamment art. 711, 938, 1138.)

2. Il y apporte cependant une restriction. Il soumet à la nécessité de la transcription les donations entre-vifs de biens susceptibles d'hypothèque (art. 939), ce qui comprend d'abord les donations opérant transmission de la propriété immobilière.

3. La loi du 23 mars 1855 est venue apporter une seconde dérogation au principe en prescrivant la formalité de la transcription pour tous actes entre-vifs translatifs de propriété immobilière. Mais en même temps elle déclare n'apporter aucun changement aux dispositions du Code civil qui prescrivent la transcription des donations, c'est-à-dire que la transcription des dona-

Len.

7

tions est toujours soumise aux règles du Code civil et non à celles de la loi nouvelle.

Ainsi le principe du Code civil reste intact. La propriété est transmise par l'effet et à la date de la convention. La transcription n'est exigée qu'en faveur de certaines personnes qui peuvent, jusqu'à ce qu'elle ait été opérée, considérer la translation de propriété comme inexistante.

Mais quelles sont ces personnes ? Le Code répond à cette question dans l'art. 941 et la loi de 1855 dans son art. 3 : ce sont toutes celles qui y ont intérêt, dit l'art. 941 :

Ce sont les tiers qui ont des droits sur l'immeuble et qui les ont conservés en se conformant aux lois, dit l'art. 3 de la loi de 1855.

4. Le terrain est maintenant circonscrit et le but de ce travail facile à délimiter : c'est de déterminer le rôle que joue la transcription dans le déplacement de la propriété des immeubles, soit que la transmission s'opère à titre onéreux, soit qu'elle s'opère à titre gratuit. Nous suivrons parallèlement la formule de l'art. 941 et celle de l'art. 3 de la loi de 1855 dans toutes leurs applications, c'est-à-dire que, supposant un acquéreur ou un donataire d'immeuble qui n'a pas fait transcrire son acte de vente ou de donation, nous énumérerons successivement toutes les

personnes avec lesquelles ils pourront se trouver en conflit.

5. Le but de la transcription, en se plaçant à un point de vue général, est d'assurer la publicité aux actes qui y sont soumis. Cette publicité résulte de la transcription des actes sur des registres tenus par les conservateurs des hypothèques et que tout le monde peut consulter. Les inconvénients de la clandestinité avaient été depuis longtemps signalés; car, si l'obligation peut être ignorée, il n'en est pas de même du droit réel : opposable à tous, il est juste qu'il soit connu de tous. La transmission à l'insu du public devient un encouragement à la fraude : la mauvaise foi s'en fait une arme.

6. Le droit romain et notre ancien droit avaient essayé de remédier aux inconvénients de la clandestinité au moyen de la tradition. Mais le but n'était pas atteint. La tradition n'aboutit qu'à une publicité imparfaite. La possession en effet n'est connue des tiers qu'avec le temps; le moment même de la translation de propriété, si important à connaître, reste ignoré : et cette possession publique, les tiers ne savent à quel titre elle s'exerce.

7. Ce système, déjà insuffisant de publicité, disparut lui-même pour faire place aux tradi-

tions feintes. Dès lors la clandestinité encourage la fraude. Les inconvénients de ce défaut de publicité ne restèrent pas inaperçus, et, chose curieuse, nous trouvons dès ce moment en germe l'idée, qui finit par triompher sous la loi de brumaire, d'une translation relative de la propriété. Pothier rapporte que les auteurs se demandaient si la tradition feinte doit avoir les mêmes résultats que la tradition réelle au point de vue de la transmission de la propriété, c'est-à-dire si elle la transférerait même vis-à-vis des tiers. Si, par exemple, le vendeur retenait la chose à titre de fermier, l'acheteur pourra-t-il revendiquer la chose si le vendeur l'a hypothéquée ou vendue à un second acheteur?

Charondas, dans ses Réponses, et Belordeau, liv. I, chap. 18, avaient adopté la négative. Ils se fondaient sur ce que les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties et que, sans un acte extérieur, elles ne peuvent produire d'effets *erga omnes* (L. 20, C. *De pact.*). L'opinion contraire avait cependant prévalu. Quoi qu'il en soit, il est intéressant de trouver dès cette époque l'origine d'une conception juridique que le législateur moderne a deux fois consacrée, et de retrouver en quelque sorte la filiation de la loi. (Pothier, annoté par Bugnet, tome 3, n° 321.)

8. Les considérations que nous avons exposées en faveur de la publicité ont exactement la même valeur, que la transmission de propriété s'opère à titre onéreux ou à titre gratuit. Aussi peut-on s'étonner que la publicité des actes à titre gratuit ait précédé de si loin celle des actes à titre onéreux. Cette contradiction ne peut s'expliquer qu'historiquement. En effet, bien que la formalité de la transcription ait été appliquée aux actes à titre gratuit et aux actes à titre onéreux, la transcription des donations et celle des actes à titre onéreux ont une origine différente. Et c'est ainsi qu'on peut s'expliquer d'une part que le Code civil ne l'ait prescrite qu'en matière de donations, et d'autre part qu'aujourd'hui encore les effets diffèrent dans les deux cas.

9. L'origine de la transcription des donations, c'est l'insinuation. Elle remonte à l'empereur Constance Chlore, père de Constantin. L'écrit constatant la donation devait être inséré dans les actes des magistrats.

Justinien réglemena de nouveau la matière, et décida que toute donation mobilière ou immobilière excédant cinq cents solides devrait être insinuée. La formalité était prescrite quel que fût l'objet de la donation, pourvu qu'elle eût une certaine valeur. C'était là un point de vue

bien différent du nôtre : aujourd'hui c'est l'objet de la donation et non sa valeur qui détermine la transcription ; car ce sont les donations d'immeubles que les tiers ont surtout intérêt à connaître. Au contraire, le but du législateur de cette époque était plutôt de retenir le donateur par la crainte de la publicité que d'éclairer les tiers. Le défaut d'insinuation entraînait la nullité de la donation pour tout ce qui excédait cinq cents solides, et le donateur lui-même pouvait s'en prévaloir.

L'ordonnance de Villers-Cotterets, rendue par François I^{er} en 1539, rétablit la nécessité de l'insinuation des donations entre-vifs. L'insinuation était encore, d'après l'ordonnance, une forme essentielle à la validité de la donation.

La matière reçut une modification sous Charles IX, par l'ordonnance de 1566 qui change le caractère de l'insinuation. Désormais elle n'est plus une formalité essentielle à la validité de la donation. Les parties ne peuvent plus faire annuler l'acte pour défaut d'insinuation. Les tiers intéressés peuvent seuls se prévaloir de cette omission.

Malgré ces réglementations successives, les difficultés de la matière n'avaient point été apla-

nies, puisqu'une nouvelle ordonnance fut jugée nécessaire, celle de 1731, rédigée par le chancelier d'Aguesseau.

Il en ressort que désormais le donateur ne peut pas opposer le défaut d'insinuation, celle-ci n'étant destinée qu'à protéger les tiers et les héritiers du donateur.

10. En dehors des donations, l'origine immédiate de la transcription comme moyen d'assurer dans un intérêt général la publicité des transmissions de propriété immobilière, se trouve dans la loi du 11 brumaire an VII.

La loi du 11 brumaire an VII dérivait elle-même des formalités de l'ensaisinement qui avaient survécu à la féodalité dans le nord de la France. Dans ces pays, qu'on appelait pays de *nantissement*, on dressait acte de la vente sur un registre qui restait déposé au greffe de la justice seigneuriale, et que toute personne pouvait consulter (Dumoulin sur Paris, art. 1, glose 1^{re}, nombres 29 et 30 ; Brillouin, Dictionnaire des arrêts, ensaisinement). Dumoulin ajoute : « *Qua publicatione cessante, non videbatur res in aliam manum translata.* » A défaut d'une insertion dans les registres publics, la propriété n'était pas transférée même entre les parties. Ce système fut maintenu pour ces provinces par la loi de

1790 qui fut remplacée par la loi du 11 brumaire an VII, applicable par toute la France.

La loi du 11 brumaire an VII exigea la transcription au bureau de conservation des hypothèques de tous actes translatifs de biens et droits susceptibles d'hypothèque, et décida que jusqu'à cette transcription, ces actes ne pourraient être opposés aux tiers qui auraient contracté avec l'aliénateur. Ainsi, entre les coutumes de nantissement et la loi du 11 brumaire an VII, il faut signaler une différence profonde. Dans les coutumes de nantissement, à défaut d'une inscription sur les registres publics, la propriété n'était transférée ni entre les parties ni à l'égard des tiers. Sous la loi de brumaire, entre les parties le consentement suffisait pour transférer la propriété : mais la transcription était nécessaire pour que cette translation de propriété fût valable à l'égard des tiers.

11. La loi de brumaire s'appliquait aux donations : le premier alinéa de l'art. 26 est conçu en termes généraux : « Les actes translatifs de biens et droits susceptibles d'hypothèque doivent être transcrits. » L'insinuation subsista cependant sous la loi de brumaire. Une donation d'immeuble était donc soumise à une double publicité à titre de donation d'une part, à titre

d'acte translatif de propriété immobilière d'autre part.

Les rédacteurs du Code posèrent le principe que la propriété se transfère par le seul consentement (art. 1138). Ils dérochèrent cependant à la règle dans l'intérêt des tiers pour les donations. L'insinuation fut abandonnée et la nécessité de la transcription admise pour certaines donations, les donations d'immeubles. La transcription était limitée aux cas où elle était prescrite par la loi de brumaire, c'est-à-dire lorsqu'il y avait donation de biens susceptibles d'hypothèque.

A part ce cas, la transcription ne fut pas maintenue pour transférer la propriété à l'égard des tiers. Les rédacteurs renvoyèrent cette question successivement de l'art. 1140 au titre de la Vente. L'art. 1583 fut rédigé de façon à laisser la question intacte. Au titre des Privilèges et hypothèques, la discussion fut reprise. Le projet présenté par la section de législation du conseil d'Etat était favorable au principe de publicité. Néanmoins, il ne reparut pas dans la rédaction définitive, et ce silence du Code fut généralement interprété dans le sens de la suppression de la transcription.

12. Si la transcription des donations se ratta-

che à la loi de brumaire par la nature des libéralités qui y sont soumises, elle se rapproche en même temps, par la formule de l'art. 941, des règles suivies dans l'ancien droit en matière d'insinuation. Les rédacteurs du Code semblent s'être inspirés des règles anciennes pour la sanction de cette transcription destinée à remplacer dans une certaine mesure l'insinuation.

L'art. 27 de l'ordonnance de 1731 est ainsi conçu : « Le défaut d'insinuation des donations
« qui y sont sujettes à peine de nullité pourra
« être opposé tant par les tiers acquéreurs et
« créanciers du donateur que par ses héritiers,
« donataires postérieurs, ou légataires, et généralement par tous ceux qui y auront intérêt,
« autres néanmoins que le donateur. » L'article 941 est presque la reproduction de l'art. 27 de l'ordonnance. « Le défaut de transcription
« pourra être opposé par toutes personnes ayant
« intérêt, excepté toutefois celles qui sont chargées de faire faire la transcription, ou leurs
« ayants cause et le donateur. »

13. L'idée du législateur de 1855 est toute différente. Il s'est inspiré de la loi du 11 brumaire an VII; il s'est approprié sa formule en l'élargissant.

Aussi la transcription produit des effets diffé-

rents, suivant que la transmission de propriété immobilière s'opère à titre gratuit ou à titre onéreux.

14. Cependant remarquons, dès maintenant, qu'au point de vue de la transmission de la propriété, entre les parties, la transcription établie par le Code civil et celle de la loi de 1855 ont des effets identiques. Par l'effet du contrat la propriété passe immédiatement à l'acquéreur ou au donataire. Avant la transcription l'acquéreur et le donataire ne sont pas de simples créanciers. C'est ce que nous dit l'art. 938 pour les donations : « La donation dûment acceptée sera par-
« faite par le seul consentement des parties et
« la propriété des objets donnés sera transférée
« au donataire. » Quant aux actes à titre onéreux, l'art. 1138 les régit toujours; l'acquéreur est propriétaire avant la transcription (art. 1583, 1138). Aux termes de l'art. 3 de la loi de 1855, il n'y a que les tiers qui ont des droits sur l'immeuble qui peuvent se prévaloir du défaut de transcription. Donc le droit est acquis, la propriété transférée entre les parties indépendamment de la transcription.

15. Il importe de se fixer dès à présent sur le sens du mot *tiers*. Nous n'avons cependant pas l'intention de déterminer quelles personnes sont

ou ne sont pas des tiers dans l'ensemble du droit. Cette question nous entraînerait hors de notre sujet. Nous nous demanderons seulement quelles sont les personnes que la loi du 23 mars 1855 qualifie de *tiers* dans son art. 3.

La loi du 11 brumaire an VII ne rangeait parmi les *tiers* que ceux qui avaient contracté avec le vendeur. La loi du 23 mars 1855 s'exprime d'une façon plus large. D'après cette loi sont *tiers* tous ceux qui ont des droits sur l'immeuble.

En conséquence, nous nous croyons autorisés à conclure, de la généralité des termes de la loi, qu'elle a voulu, non seulement protéger comme la loi de brumaire ceux qui contractent avec le vendeur, mais encore certaines personnes dont la loi brumaire ne s'était pas occupée. Nous rangerons parmi ces personnes tous ceux qui ont acquis une hypothèque légale ou judiciaire, la femme, le mineur et l'interdit. Ils ont un droit sur l'immeuble. Ils peuvent donc prendre rang parmi les tiers autorisés à invoquer le défaut de transcription, en cas de vente faite par le mari ou le tuteur, bien qu'ils n'aient pas contracté avec lui.

16. Les effets de la transcription établie par le Code et par la loi de 1855 diffèrent donc sen-

siblement des effets de la tradition que nous avait transmise la législation romaine. En droit romain un contrat, dont le but est de transférer la propriété, ne produit, par lui-même, qu'une obligation. Entre les parties, comme à l'égard des tiers, la propriété n'est transférée que par l'exécution du contrat de vente, par la tradition. Les rédacteurs du Code, comme le législateur de 1855, n'ont pas entendu adopter un système qui ferait d'une formalité de publicité une condition véritable du déplacement de la propriété.

Aussi, nous pouvons le dire dès à présent, à l'instant du contrat l'acquéreur devient propriétaire à l'égard de l'aliénateur ; il peut constituer sur l'immeuble des droits réels qui seraient opposables à celui-ci en cas de résolution amiable du contrat.

Il n'en était pas ainsi en droit romain ; l'acheteur, auquel la chose vendue n'avait pas été livrée, n'avait jamais pu constituer de droits sur cette chose, et s'il renonçait après coup au bénéfice de la vente, le vendeur n'avait jamais cessé un seul instant d'être propriétaire.

Un autre effet de la transmission de la propriété par le seul consentement, c'est que l'acquéreur peut revendiquer la chose entre les mains de tout possesseur sans titre. L'acheteur

romain, à qui la chose n'avait pas été livrée, n'aurait jamais pu inquiéter un tiers possesseur.

Les autres effets de cette transmission par le seul consentement seront déterminés quand, après avoir parcouru le cercle des personnes qui peuvent opposer le défaut de transcription, nous énumérerons celles qui au contraire ne peuvent pas l'opposer.

Il ne faut donc pas s'exagérer les effets de la transcription ; elle n'est pas nécessaire d'une manière absolue et complète pour transférer la propriété. Mais tant que cette transcription n'a pas été opérée, certaines personnes peuvent exciper de leur ignorance de la transmission qui a eu lieu pour faire valoir les droits qu'elles tiennent de celui qui a cessé d'être propriétaire. Quelles sont ces personnes ? L'art. 941 y répond pour la matière des donations.

17. On a soutenu que les auteurs du Code n'avaient voulu qu'appliquer aux donations de biens susceptibles d'hypothèque le régime de la loi du 11 brumaire an VII ; or, dit-on, la loi du 11 brumaire an VII ayant été abrogée, les art. 939 et suivants l'ont été également. La propriété des immeubles donnés se déplace par le seul consentement sous l'empire du Code. Les

tiers qui contractent avec le donateur depuis la donation ne peuvent donc opposer au donataire le défaut de transcription. Elle n'est plus que le préliminaire nécessaire de la purge des hypothèques (art. 1138, 2181, 2182).

Cette opinion est aujourd'hui et avec raison abandonnée. L'art. 941, dit-on, doit être interprété par la loi du 11 brumaire an VII. C'est ce qu'il faudrait prouver. Or, nous voyons que les rédacteurs n'ont fait aucune mention de la loi de l'an VII dans les art. 931 et suivants : nous remarquons, au contraire, qu'ils ont traité spécialement de la transcription des donations et que par suite ce chapitre se suffit à lui-même. Sans doute ils ont emprunté à la loi de brumaire le nom de la formalité destinée à rendre la donation publique : ils ont décidé, comme la loi de brumaire, que cette formalité ne s'appliquerait qu'aux biens susceptibles d'hypothèque : mais par la formule de l'art. 941, ils se sont évidemment écartés de la loi de brumaire et ont montré qu'ils entendaient faire de la transcription des donations un mode de publicité *sui generis*.

18. Examinons maintenant les effets de la transcription au point de vue du déplacement de la propriété. L'art. 3 consacre la distinction introduite par la loi de brumaire entre les par-

ties et les tiers. C'était là une idée nouvelle : aux termes de la loi de 1790, la propriété n'était transférée au regard des parties comme au regard des tiers que par la transcription. Dans les coutumes de nantissement, les parties elles-mêmes n'étaient saisies que par une insertion de l'acte dans les registres publics. Dans ce système aucune difficulté n'était possible : tant que la transcription n'avait pas été opérée l'acte était sans effet : la propriété n'était pas déplacée. La loi de brumaire a introduit et celle de 1855 a consacré cette formule complexe : la propriété est transférée entre les parties par le seul consentement, à l'égard des tiers par la transcription. Cette conception d'une translation de propriété relative est-elle à l'abri de toute critique ? Nous ne le pensons pas. En 1851, lorsque le projet fut présenté, M. Dupin disait : « A qui « persuaderez-vous, quand les parties ont fait un « acte en règle, que cet acte n'est pas achevé, « que l'une d'elles n'a pas cessé d'être proprié- « taire et que l'autre n'a pas acheté ? »

Lors de la discussion de la loi de 1855 cette objection fut reproduite. On soutint qu'il serait plus logique de revenir au principe de la loi de 1790 ; qu'il n'y avait que deux partis à prendre : ou décider que jusqu'à la transcription la

vente n'est pas plus parfaite à l'égard des parties qu'à l'égard des tiers, ou ne pas rétablir la transcription : qu'il était impossible de concilier le principe que la propriété se transfère par le seul consentement avec la nécessité de la transcription. (*Revue hist. de droit franç. et étran.*, tome 1, année 1855, page 97.)

En effet, cette scission du droit de propriété ne satisfait pas l'esprit. Dans l'intervalle qui s'écoule entre la vente et la transcription, l'acheteur est propriétaire à l'égard du vendeur et il ne l'est pas à l'égard des tiers. Le vendeur est toujours propriétaire à l'égard des tiers et il n'est plus propriétaire à l'égard de l'acheteur. Peut-on donc être à la fois propriétaire et non-propriétaire ?

D'un autre côté, décider que jusqu'à la transcription la propriété ne serait pas déplacée entre les parties eût été en opposition avec leur intention. Au contraire, la transcription était nécessaire à l'égard des tiers pour sauvegarder leurs droits. C'est par suite de ces idées si différentes que le législateur, après de nombreux revirements, est arrivé à cette formule complexe et peut-être illogique d'une translation de propriété relative, mais qui réunit cependant un double avantage : elle est conforme à l'intention des

Len.

8

parties : elle sauvegarde en même temps l'intérêt des tiers.

C'est donc ici l'intérêt des tiers qui justifie le législateur. Aussi n'admettons-nous pas les motifs donnés par M. Mourlon (*Traité de la transcription*, tome 2, page 12). Selon cet auteur, « la loi a pu, sans manquer de logique, considérer « comme inexistant au regard de certaines personnes l'acte qu'elle tient pour valable à l'égard « de tels autres intéressés. » Ainsi, selon Mourlon, il serait logique de décider qu'une personne peut à la fois être et ne pas être propriétaire, suivant qu'elle oppose son droit à une personne ou à une autre ! Que cette décision soit utile, nous ne le contestons pas ; mais qu'elle soit logique, c'est ce qu'il nous est impossible d'admettre. (Boissonade, *Revue pratique*, tome 30. Bonnier, *Revue de législation*, tome 7, p. 40. Laurent, tome 29, p. 181, n° 158.)

19: Après avoir examiné rapidement les institutions qui ont précédé la transcription, il faut maintenant l'étudier en elle-même et se demander quels sont les avantages attachés à l'accomplissement de la formalité, quelles sont les conséquences du défaut de transcription. Si nous supposons qu'une vente ou une donation d'immeuble a eu lieu, et que ces actes n'aient point

été transcrits, nous voyons que de nombreux conflits peuvent s'élever :

1° Entre l'acquéreur ou le donataire et les ayants cause de l'aliénateur ;

2° A l'inverse entre l'aliénateur et les ayants cause de l'acquéreur ou du donataire ;

3° Entre l'acquéreur ou le donataire et les tiers autres que les ayants cause de l'aliénateur.

Tel sera l'ordre que nous suivrons. Nous nous occuperons en dernier lieu des fins de non-recevoir qui peuvent être opposées aux personnes admises en principe à invoquer le défaut de transcription.

CHAPITRE PREMIER.

RAPPORTS DE L'ACQUÉREUR ET DU DONATAIRE AVEC LES AYANTS CAUSE DE L'ALIÉNATEUR.

20. Il est clair d'abord que les contractants eux-mêmes ne rentrent pas dans la classe des tiers. Mais pour les ayants cause de l'aliénateur il faut distinguer.

I. — *Ayants cause universels ou à titre universel.*

21. S'agit-il d'une aliénation à titre onéreux ? à leur égard la propriété est transférée indépendamment de la transcription. En effet, d'après les principes généraux du droit, ils sont tenus des obligations de leur auteur comme ils succèdent à ses droits. Ils sont considérés comme ayant été parties au contrat et la loi de 1855 ne protège que les tiers.

22. Mais on s'est demandé si les ayants cause par acte entre-vifs des héritiers peuvent opposer à l'acheteur le défaut de transcription ? On soutient la négative en disant : La vente, bien que non transcrite, est opposable aux héritiers du vendeur : on ne voit pas comment ils pourraient conférer des droits sur l'immeuble puisqu'ils n'en ont point eux-mêmes. « *Nemo dat quod non habet.* » Ce raisonnement tombe devant cette considération que l'héritier ne fait qu'un avec son auteur : « *Heres defuncti vicem sustinet.* » S'il en est ainsi, nous demanderons pourquoi l'héritier ne jouirait pas des mêmes droits que son auteur. Or celui-ci vis-à-vis des tiers est considéré comme propriétaire jusqu'à la transcription. Pourquoi l'héritier du vendeur, qui

continue sa personne, ne jouirait-il pas de la même prérogative? Puisque le législateur a admis une translation relative de la propriété, il faut être conséquent et admettre le principe dans tous ses résultats. Ainsi tous ayants cause par acte entre-vifs des successeurs universels qui auront un droit réel conservé conformément à la loi pourront opposer le défaut de transcription.

23. S'agit-il d'une aliénation à titre gratuit? l'ordonnance de 1731 aux héritiers accordait le droit d'opposer le défaut d'insinuation. La loi du 11 brumaire an VII leur refusait le droit d'opposer le défaut de transcription. Mais quelle a été la pensée des rédacteurs du Code? Ont-ils entendu reproduire l'ordonnance ou la loi de brumaire?

L'art. 941, sur lequel repose la discussion, est ainsi conçu : « Le défaut de transcription pourra
« être opposé par toutes personnes ayant inté-
« rêt, excepté toutefois celles qui sont chargées
« de faire faire la transcription ou leurs ayants
« cause et le donateur. »

On a soutenu que les héritiers du donateur peuvent opposer le défaut de transcription. En effet, dit-on, aux termes de la loi toute personne *ayant intérêt* peut opposer le défaut de transcrip-

tion. Or les héritiers du donateur peuvent avoir accepté purement et simplement la succession, puis se trouver obligés de payer les dettes, après avoir été évincés. S'ils ne peuvent opposer le défaut de transcription, aucune ressource ne leur reste. Car la découverte d'une donation ne peut leur permettre de demander la rescision de leur acceptation (art. 783).

Si les héritiers du donateur ont intérêt à opposer le défaut de transcription, ils remplissent la première condition exigée par la loi pour l'invoquer. D'un autre côté, ils ne rentrent pas dans la catégorie des personnes auxquelles la loi défend exceptionnellement d'opposer la clandestinité d'une donation, c'est-à-dire celles qui sont chargées de faire faire la transcription, leurs ayants cause et le donateur. Le texte de la loi leur permet donc d'opposer le défaut de transcription.

L'art. 941 a reproduit la disposition principale de l'art. 27 de l'ordonnance. Il a proclamé que tous ceux qui avaient intérêt pouvaient opposer le défaut de transcription. Ce point est essentiel : peu importe qu'il n'ait pas reproduit l'énumération des personnes qui peuvent opposer le défaut de transcription.

Les héritiers du donateur auront plus de

droits que leur auteur, cela est vrai. Mais puisque les art. 1339 et 1340 leur accordent un droit propre, pourquoi ne pas admettre la même solution pour l'art. 941 ?

Est-il exact de soutenir que le donataire pourra repousser les héritiers qui lui opposeraient le défaut de transcription par l'exception *quem de evictione* ? L'affirmative serait contradictoire. Car si la loi a donné aux héritiers le droit d'opposer au donataire le défaut de transcription, il est clair qu'ils ne sont pas obligés de l'indemniser.

Nous n'admettons pas cette doctrine, bien qu'elle présente quelques arguments pressants, et qu'elle s'appuie sur une idée que nous croyons vraie en général, à savoir, que l'art. 941 s'est inspiré de l'ordonnance de 1731. Nous pensons qu'ici les rédacteurs du Code ont abandonné le système de l'ordonnance, parce qu'il dérogeait trop gravement au principe. « *Heres sustinet personam defuncti.* » L'héritier ne peut avoir plus de droits que son auteur. Le donateur n'aurait pas le droit d'opposer le défaut de transcription ; son héritier ne peut avoir plus de droits que lui. L'art. 1340 est une exception qui confirme la règle.

Il est inexact de prétendre que l'art. 941 a

reproduit d'une manière absolue l'art. 27 de l'ordonnance de 1731. Notre article ne parle pas des héritiers du donateur. Or il eût fallu un texte précis pour leur donner des droits que les principes généraux leur refusent.

De plus, d'après l'ordonnance les héritiers conservaient leurs droits nonobstant toute clause contraire. L'art. 27 de l'ordonnance se terminait ainsi : « Et la disposition du présent article aura lieu, « encore que le donateur se fût chargé expressément de faire insinuer la donation, à peine de « tous dépens, dommages et intérêts ; laquelle « clause sera reconnue comme nulle et non « avenue. » Ainsi le donateur ne pouvait pas s'obliger valablement envers le donataire à faire insinuer la donation : car alors ses héritiers eussent été tenus de la même obligation, ce qui ne leur eût pas permis de profiter de leur droit d'opposer le défaut d'insinuation. De cette façon les héritiers du donateur étaient efficacement protégés. Aujourd'hui au contraire, la suppression dans notre art. 741 de la phrase finale de l'art. 27 de l'ordonnance fait que rien n'empêcherait le donateur de laisser insérer dans la donation une clause de cette nature. La loi n'a donc pas entendu assurer des droits à ses héritiers.

Nous laisserons de côté un texte qu'on invoque souvent en faveur de notre opinion, l'art. 1072 :
« Les héritiers légitimes de celui qui aura fait
« la disposition ne pourront en aucun cas op-
« poser aux appelés le défaut de transcription ou
« inscription. » Il n'est pas nécessaire de recou-
rir à ce texte qui est spécial aux substitutions
et dont par conséquent il n'y a aucun argument
à tirer au point de vue des donations.

Les héritiers du donateur sont-ils d'ailleurs si dignes de la protection de la loi? Ils pouvaient accepter sous bénéfice d'inventaire et par là éviter de se trouver en perte.

C'est en ce sens que s'est fixée la jurisprudence.

II. — *Ayants cause à titre particulier.*

C'est évidemment parmi eux qu'il faut principalement chercher les tiers que la loi a voulu protéger en prescrivant la publicité.

24. A. — Le conflit peut s'élever d'abord entre deux acquéreurs successifs entre-vifs du même immeuble, c'est-à-dire : 1° entre deux acquéreurs à titre onéreux. Le vendeur aliène son immeuble à deux acheteurs successifs. La question se résout par la priorité des transcriptions,

celui des deux qui aura transcrit le premier l'emportera sur l'autre (1).

25. 2° Entre deux acquéreurs, l'un à titre onéreux, l'autre à titre gratuit. Un acquéreur peut opposer à un donataire le défaut de transcription. Aucune difficulté ne peut s'élever à cet égard. Mais il n'en est pas de même de l'hypothèse inverse. C'est une question controversée que celle de savoir si un donataire peut opposer à un acquéreur à titre onéreux le défaut de transcription.

L'affirmative était admise dans les pays de nantissement. Entre un acquéreur à titre onéreux et un acquéreur à titre gratuit, celui-là était préféré qui avait le premier pris saisine. Cette assimilation des donataires aux acheteurs se retrouve au Code civil à différents points de vue. Ainsi les acquéreurs à titre gratuit peu-

(1) Que décider lorsque deux acquéreurs d'un immeuble se sont présentés le même jour et ont fait opérer la transcription? Selon nous, c'est celle qui aura été inscrite la première sur le registre des dépôts qui l'emportera sur l'autre. En effet, on peut concevoir des erreurs dans le classement sur le registre des transcriptions. Mais il est difficile d'en supposer sur le registre des dépôts, puisque l'inscription sur ce registre se fait au moment même de la présentation des actes, et qu'un récépissé indiquant le numéro d'ordre de son dépôt de pièces est remis au requérant.

vent opposer aux créanciers hypothécaires le défaut d'inscription, aussi bien que les acquéreurs à titre onéreux. Aux termes de l'art. 132, l'absent recouvre ses biens dans l'état où ils se trouvent ; la loi ne fait aucune distinction entre les biens aliénés à titre onéreux ou à titre gratuit.

On objecte que la loi a voulu protéger ceux qui contractent à titre onéreux et non ceux qui luttent *de lucro captando*. Mais il y a des cas où le donataire manque non seulement d'acquérir, mais encore se trouve en perte. Supposons qu'il constitue une dot avec l'immeuble donné : si le donataire peut être évincé par un acquéreur, il sera obligé de payer au donataire par contrat de mariage la valeur de l'immeuble (art. 1547). Ce remboursement peut entraîner sa ruine.

Enfin on a soutenu que le donataire n'aurait aucun intérêt à opposer à l'acquéreur le défaut de transcription. Car s'il réussissait par ce moyen, l'acquéreur de son côté pourrait triompher par l'action Paulienne. En effet, dit-on, le vendeur en donnant à un tiers la chose vendue commet une fraude caractérisée. Mais le donataire peut répondre : La vente non transcrite est nulle à mon égard ; la loi m'autorise à invoquer le dé-

faut de transcription. Il n'y a pas de fraude à profiter d'un bénéfice accordé par la loi. D'ailleurs il peut se faire que la fraude n'existe d'aucun côté, par exemple dans le cas où l'héritier du vendeur, ignorant la vente, a donné la chose vendue.

26. Nous avons supposé que le donataire a transcrit, tandis que l'acheteur n'a pas rempli la formalité. Mais il peut se faire que ni l'acheteur ni le donataire n'aient transcrit. Dans ce cas, c'est celui dont l'acte a le premier date certaine qui l'emportera sur l'autre.

27. 3^e Enfin un conflit peut s'élever entre deux acquéreurs à titre gratuit. Je donne un immeuble à Pierre et je donne ensuite le même immeuble à Paul. Paul fait transcrire avant Pierre : pourra-t-il opposer à Pierre le défaut de transcription ?

Dans le sens de la négative on invoque d'abord un argument historique. Les rédacteurs du Code ont suivi, dit-on, en matière de transcription la loi de l'an VII. Or cette loi n'entendait protéger que les créanciers et les acquéreurs à titre onéreux.

On invoque un rapport fait au Tribunat par M. Jaubert, dans lequel, après avoir énuméré les personnes qui peuvent opposer le défaut de

transcription, il ajoute : « Il n'y a d'exceptées
« que celles qui sont chargées de faire faire la
« transcription ou leurs ayants cause et le dona-
« teur, ce qui comprend aussi nécessairement
« *les donataires postérieurs*, les cessionnaires et les
« héritiers du donateur » (Locré, *Lég. civ.*, t. 11,
p. 437, 438).

Enfin on tire un argument de l'art. 1072 au
titre des Substitutions : « Les donataires, les
« légataires, ni même les héritiers légitimes de
« celui qui aura fait la disposition, ni pareille-
« ment leurs donataires, légataires ou héritiers,
« ne pourront opposer aux appelés le défaut de
« transcription ou inscription. »

Nous nous sommes déjà expliqué sur la
question de savoir si l'art. 941 n'est qu'une re-
production de la loi de brumaire. Notre opinion
est que, si dans cette matière les rédacteurs du
Code se sont inspirés à certains égards de la loi
du 11 brumaire an VII, l'art. 941 se rattache
plutôt, avec certaines restrictions cependant,
à l'ordonnance de 1731. Or l'ordonnance don-
nait également le droit d'opposer le défaut
de transcription à toute personne qui y avait
intérêt, et parmi ces personnes elle désignait
expressément un donataire postérieur. Le Code
ayant reproduit les termes généraux de l'or-

donnance, nous sommes fondés à dire qu'il en a reproduit le sens et qu'aujourd'hui, comme sous l'empire de l'ordonnance de 1731, un second donataire peut opposer au premier le défaut de transcription.

Quant à l'avis exprimé par Jaubert dans son rapport au Tribunat, ce n'est qu'une opinion individuelle qui a été généralement repoussée.

L'argument qu'on tire de l'art. 1072 n'est pas plus concluant. En effet, d'après cet article, le donataire du disposant ne peut pas opposer aux appelés le défaut de transcription. De là on conclut qu'un donataire ne peut pas opposer à un donataire le défaut de transcription. Nous soutenons au contraire qu'il y a là une disposition spéciale aux substitutions et qui ne doit pas être généralisée. Ce qui le prouve, c'est qu'une règle différente a toujours existé à cet égard en matière de donations et en matière de substitutions. L'art. 34 de l'ordonnance de 1747 sur les substitutions défendait aux donataires du constituant d'opposer aux substitués le défaut de publication et d'enregistrement de la substitution. Au contraire, l'art. 27 de l'ordonnance de 1731 sur les donations permettait aux donataires postérieurs d'opposer le défaut d'insinuation. Il n'y avait rien de choquant cependant à

admettre une solution différente dans les deux cas. Les substitutions sont une matière exceptionnelle. Le législateur a dérogé aux règles habituelles en faveur des appelés, parce que les substitutions peuvent être faites au profit d'enfants non encore conçus. L'art. 1072 doit être interprété en notre faveur ; car il suppose que le donateur, après une première donation grevée de substitution, a disposé de nouveau à titre gratuit du même bien ; s'il était de règle qu'un deuxième donataire ne peut opposer au premier le défaut de transcription, il eût été bien inutile de faire une disposition spéciale en faveur des appelés.

De plus, on a soutenu, avec raison selon nous, que l'art. 1072 ne s'occupait pas du défaut de transcription de l'acte comme donation, mais comme substitution. En effet, l'art. 1072 est au titre des Substitutions. De plus, la loi parle d'inscription. Or, l'inscription ne peut s'appliquer qu'à la charge de conserver et de rendre. La disposition de l'art. 941 reste par conséquent intacte.

28. *B.* — L'acquéreur entre-vifs peut se trouver en conflit avec un légataire. Supposons d'abord un acquéreur à titre onéreux en conflit avec un légataire universel ou à titre universel, et avec un légataire particulier.

Pour le légataire universel ou à titre universel, il n'est pas douteux qu'ils ne rentrent pas dans la catégorie des tiers, puisqu'ils représentent le défunt. Mais on pourrait soutenir que le légataire particulier est un tiers ; car il n'est pas le représentant du défunt ; pourquoi ne serait-il pas protégé comme le donataire ? Néanmoins nous ne pensons pas que le légataire puisse opposer le défaut de transcription à l'acquéreur à titre onéreux. Car le législateur de 1855 a surtout songé à l'intérêt de ceux qui contractent avec le vendeur, et non de ses héritiers ou légataires. C'était aussi la pensée des auteurs de la loi de brumaire, et M. Rouher a déclaré que l'art. 3 n'était qu'une reproduction de la loi de brumaire avec les améliorations dont la pratique avait démontré la nécessité. Enfin, si l'acheteur qui n'a pas transcrit était évincé par le légataire, il deviendrait vis-à-vis de la succession du vendeur créancier de la garantie. Dès lors, il devrait, comme créancier, primer le légataire en vertu de la règle « *non sunt bona nisi deducto ære alieno.* »

28 *bis*. Nous admettrons au contraire le légataire à titre particulier à opposer le défaut de transcription, s'il se trouve en conflit avec un acquéreur à titre gratuit. Ici le texte de l'arti-

de 941 nous semble imposer une solution différente. Le légataire particulier a intérêt à opposer le défaut de transcription ; il pourra donc l'invoquer comme un second donataire.

Il est vrai qu'on a fait à cette doctrine l'objection qui nous a paru décisive en cas de conflit entre un légataire et un acquéreur à titre onéreux. On a dit : si le donataire est évincé, il pourra agir en garantie contre la succession du donateur. Or, un legs ne peut jamais nuire aux créanciers du défunt. Nous répondrons que le donataire n'est vraiment pas créancier de la succession. Car la donation non transcrite n'existe pas au regard des tiers, et ici tous ceux qui ont intérêt à opposer le défaut de transcription sont des tiers. Le légataire pourra donc l'opposer.

29. *C.* — Un conflit peut s'élever entre l'acquéreur de la propriété et les acquéreurs de droits réels autres que l'hypothèque, c'est-à-dire les personnes qui auraient acquis de l'aliénateur un droit d'antichrèse, de servitude, d'usage, d'habitation, nous ajouterons d'emphytéose, bien que la loi de 1855 soit muette à cet égard.

30. 1° Le créancier antichrésiste, s'il n'a pas fait transcrire, ne pourra se prévaloir de son droit vis-à-vis de l'acquéreur qui s'est conformé

Len.

9

à la loi. Si au contraire il a eu soin de remplir la formalité avant la transcription de la vente, l'acquéreur devra désintéresser l'antichrésiste ou supporter l'antichrèse (art. 2087, 2090, C. civ.),

31. 2° La constitution d'un droit de servitude, d'usage et d'habitation doit être transcrite. Jusque-là elle n'est pas opposable à l'acquéreur de la propriété. Et il n'y a pas à distinguer si l'acquisition de la servitude a eu lieu à titre onéreux ou à titre gratuit. Avant la loi de 1855 c'était une question controversée que celle de savoir si la donation d'une servitude devait être transcrite. Mais aujourd'hui la discussion n'est plus possible. Le § 1 de l'art. 2 de la loi de 1855 est formel : « Tout acte constitutif de servitude doit être transcrit.

32. Doit-on compter l'emphytéose au nombre des droits réels ? Nous ne voulons pas dire par là que les droits réels seuls sont sujets à transcription : mais tous les droits réels principaux doivent être transcrits. Si donc nous décidons que l'emphytéose rentre dans la catégorie des droits réels, nous admettons par là même qu'elle doit être transcrite.

Nous pensons que la négative doit être adoptée. Les rédacteurs du Code ont entendu supprimer l'emphytéose comme droit réel. Cela

résulte de leur silence. En effet, la liste des droits réels indiqués par l'art. 543 est limitative. La loi n'a admis que ceux qu'elle énonce. Or, elle ne parle que des droits de propriété, d'usufruit ou de servitude. Un fait encore plus significatif, s'il est possible, c'est que les lois du 9 messidor an III et du 11 brumaire an VII rangeaient l'emphytéose parmi les droits susceptibles d'hypothèque. L'art. 2118, qui est tiré de ces deux lois, ne parle cependant pas de l'emphytéose.

Le mot d'emphytéose ne se rencontre pas une fois au Code, et cependant il est impossible d'admettre que l'attention de ses auteurs n'ait pas été attirée sur une matière aussi importante dans l'ancien droit et qui avait donné lieu à tant de controverses. L'acte constitutif d'emphytéose ne doit donc pas être publié; seulement, le bail emphytéotique, s'il dépasse dix-huit ans, devra être transcrit comme tous les baux de cette durée. La jurisprudence est entrée dans une voie contraire (Cass., 1^{er} avril 1840, aff. Donat-Demessine, V. Enreg. n° 3032).

Le bail à domaine congéable, s'il est fait pour plus de dix-huit ans, doit être également transcrit.

33. Les mines concédées par le gouvernement forment une propriété distincte de la surface.

L'acte de transmission d'une mine doit donc être transcrit.

34. *D.* — L'acquéreur à titre onéreux ou à titre gratuit peut se trouver en conflit avec les créanciers hypothécaires et privilégiés de l'aliénateur. Mais les conditions exigées pour que ces différentes catégories de personnes fassent valoir leurs droits respectifs ont varié avec le temps. Le délai accordé aux créanciers privilégiés ou hypothécaires pour s'inscrire était différent sous l'empire du Code civil, du Code de procédure, de la loi de 1855. A quelle époque l'inscription doit-elle avoir été prise pour que le conflit puisse s'élever ?

35. Sous l'empire du Code civil, dès l'instant du contrat, l'aliénateur perd la propriété *erga omnes* : à partir de cette époque aucun droit ne peut plus être inscrit de son chef. Les inconvénients de ce système apparurent bientôt.

36. Le Code de procédure vint apporter une première amélioration au régime hypothécaire, inspirée, il est vrai, par une idée fiscale. Les art. 834 et 835 de ce Code accordèrent aux créanciers du vendeur un délai de quinze jours, à partir de la transcription de l'acte translatif de propriété, pour inscrire leurs privilèges et hypothèques sur l'immeuble sorti du patrimoine de leur débiteur.

37. Lors de la discussion de la loi de 1855, un grand nombre d'orateurs, d'accord en cela avec l'Assemblée législative de 1850, se prononcèrent en faveur du maintien des art. 834 et 835 du Code de procédure. Dans l'enquête faite en 1841, les cours royales furent en général du même avis. Un certain délai, disait-on, est nécessaire aux créanciers pour se mettre en règle. Or ce délai ne doit commencer à courir qu'à compter du jour où ils sont avertis par la transcription que le débiteur a disposé de leur gage. Autrement aucune sécurité n'est possible pour les créanciers, puisque le débiteur peut aliéner clandestinement et transcrire aussitôt après.

Dans l'opinion contraire, on disait : « Si des
« inscriptions peuvent être effectuées après la
« transcription, les acquisitions seront moins
« nombreuses. Quant aux prêteurs, ils ont un
« moyen bien simple de se mettre à l'abri. Qu'ils
« ne livrent leurs fonds qu'après s'être inscrits et
« s'être assurés en levant un état de transcrip-
« tion que leur inscription a été utilement
« prise. » Ce raisonnement fut aussi reproduit
lors de la discussion de la loi de 1855, et on
décida, en effet, que la transcription arrêterait
le cours des inscriptions.

38. Nous allons maintenant appliquer le prin-

cipe aux diverses catégories d'hypothèques et de privilèges.

1^o *Hypothèques.* — Aucune hypothèque conventionnelle ne peut être inscrite après la transcription. Il en est de même de l'hypothèque judiciaire (1).

39. Mais pour cette dernière on s'est demandé si, lorsqu'elle a été obtenue contre le vendeur d'un immeuble après la vente, elle frappe l'immeuble vendu, bien qu'elle ait été inscrite avant la transcription de la vente.

Voici l'espèce : Une personne a un créancier chirographaire. Elle vend un immeuble et l'acheteur ne fait pas opérer la transcription. Ce créancier ne peut évidemment opposer le défaut de la formalité. Il n'a pas de droits sur l'immeuble dans le sens de l'art. 3 de la loi de 1855. Mais entre l'aliénation et la transcription il obtient une hypothèque judiciaire. Peut-il alors rentrer dans la catégorie des personnes qui ont le droit d'opposer le défaut de transcription?

(1) Que décider lorsqu'un créancier du vendeur et un acquéreur ont donné publicité à leurs droits le même jour? On ne peut s'en rapporter aux registres sur ce point, puisque le registre des transcriptions n'est pas le même que celui des inscriptions. Les juges ne pourront que suivre les présomptions résultant des faits.

La cour de Nancy a adopté la négative le 14 juin 1876 (voir Sirey 1878, 2, 33). Elle se fonde sur ce que, pour pouvoir opposer le défaut de transcription, il faut avoir un droit sur l'immeuble au moment où l'aliénation a lieu. Or le créancier chirographaire n'en avait pas à cette époque. Si une hypothèque lui a été conférée postérieurement, elle est venue trop tard : elle n'a pu frapper un immeuble déjà sorti du patrimoine du débiteur.

Cette opinion nous paraît en contradiction avec les termes et l'esprit de la loi du 23 mars 1855. En effet, s'il s'agissait d'une hypothèque conventionnelle conférée par le vendeur avant la transcription, il est certain que le créancier pourrait l'opposer à l'acheteur. Car il a un droit sur l'immeuble et il peut invoquer l'art. 3. Mais lorsqu'il s'agit d'une hypothèque judiciaire des doutes s'élèvent. Doit-on interpréter l'art. 3 en s'attachant uniquement à ses termes ou doit-on n'y voir qu'une reproduction de la loi du 11 brumaire an VII ?

D'après cette dernière loi ceux-là seulement peuvent opposer le défaut de transcription qui ont des droits sur l'immeuble du chef du vendeur. Si l'art. 3 de la loi de 1855 doit être interprété en ce sens, nous dirons que les créanciers

à hypothèque judiciaire, ne tenant pas leurs droits du chef du vendeur, mais de la loi, ne peuvent opposer le défaut de transcription.

Nous croyons que, si la loi de 1855 s'est largement inspirée de la loi de brumaire, cependant elle ne doit pas être toujours interprétée d'après cette dernière loi. Comme nous l'avons dit plus haut, le législateur de 1855 s'est approprié la formule de la loi de brumaire en l'élargissant. L'art. 3 autorise à invoquer le défaut de transcription tous tiers qui ont des droits sur l'immeuble, et il n'exige pas qu'ils tiennent leurs droits du chef du vendeur. Le créancier chirographaire qui a obtenu une hypothèque judiciaire avant la transcription a désormais un droit sur l'immeuble. Il peut donc se placer sous la protection de l'art. 3.

40. 2° *Hypothèque légale*. — En principe, une hypothèque légale ne peut être prise sur un immeuble après la transcription. Cependant la loi a fait une exception en faveur de la femme mariée, du mineur et de l'interdit, dont l'hypothèque peut être inscrite même après la transcription, pourvu qu'il s'agisse d'une aliénation volontaire. La loi de 1855 est venue limiter cette faveur, en décidant que, si l'inscription n'était pas prise dans l'année qui suit la disso-

lution du mariage ou la cessation de la tutelle, l'hypothèque ne daterait à l'égard des tiers que du jour des inscriptions. Mais le Code a permis aux tiers acquéreurs de se mettre à l'abri de ces hypothèques occultes en remplissant les formalités de la purge légale, et en mettant les femmes, mineurs et interdits en demeure de s'inscrire dans un délai de deux mois à peine de déchéance.

41. 3° *Privilèges*. — Les privilèges généraux de l'art. 2181 doivent être inscrits avant la transcription de l'acte de vente de l'immeuble sur lequel ils portent : on peut s'étonner qu'un délai de faveur n'ait pas été accordé à ces créanciers. Il y a là quelque chose d'illogique. Car, si les créanciers jouissant d'un privilège général sont dispensés d'inscription, cette dispense ne peut s'expliquer que par la faveur particulière dont ils sont l'objet. Cependant cette protection extraordinaire de la loi disparaît tout à coup au moment de la transcription.

42. L'acquéreur ou le donataire peut se trouver en conflit avec les architectes, entrepreneurs et ouvriers qui ont construit ou réparé l'immeuble. Pour que ces derniers puissent invoquer leurs droits, la loi exige une double formalité : 1° l'inscription d'un procès-verbal qui constate l'état des lieux au moment où vont commencer

les travaux ; 2^e celle du procès-verbal de réception de ces travaux. Ces deux procès-verbaux doivent être dressés avant la transcription. On a soutenu cependant que l'inscription du premier procès-verbal effectuée avant la transcription était suffisante, puisqu'elle avertit l'acquéreur de l'existence du privilège. Nous pensons au contraire que cette première inscription est sans importance à ce point de vue, puisque c'est par la seconde seulement qu'il lui est possible de connaître l'importance des travaux et la plus-value qu'ils ont apportée, et que le montant du privilège se compose de cette plus-value.

Il y a un cas où la loi s'est montrée bien rigoureuse pour les ouvriers. Si la réception des travaux n'a pas précédé de quelques jours la transcription, il sera difficile aux ouvriers de se mettre en règle. Ainsi supposons que l'acquéreur ou le donataire fasse transcrire son acte d'acquisition le lendemain de la réception des travaux, les ouvriers, surpris par cette aliénation et cette transcription, peuvent n'avoir pas eu le temps nécessaire pour faire inscrire leur procès-verbal de réception. Néanmoins ils perdront leur privilège.

Lorsque l'aliénation et sa transcription ont été faites depuis l'inscription du procès-verbal de l'état des lieux, mais pendant le cours des

travaux, les ouvriers ne sont pas en faute de n'avoir pas fait inscrire leur procès-verbal de réception avant la transcription. On devra donc leur donner un délai suffisant pour faire recevoir leurs travaux. L'art. 2103 leur accorde un délai de six mois dans ce but. C'est donc six mois qui leur seront donnés pour se mettre en règle, et le délai commencera à courir à compter du jour où les travaux auront cessé.

43. L'acquéreur ou le donataire peuvent-ils également se trouver en conflit avec les créanciers et les légataires qui demandent la séparation du patrimoine du défunt d'avec celui de l'héritier, conformément à l'art. 2111 du Code civil ? Nous ne le pensons pas.

Examinons les textes. L'art. 2111 du Code civil décide que, si les créanciers et légataires du défunt prennent une inscription sur les immeubles de la succession dans les six mois à compter de son ouverture, ils priment toute hypothèque concédée sur ces mêmes biens par les héritiers à leurs propres créanciers. L'article 2111 ne prévoit donc qu'un conflit entre les créanciers et légataires du défunt d'une part et les créanciers de l'héritier d'autre part.

Quant au conflit qui peut s'élever entre les créanciers héréditaires et un acquéreur de l'hé-

ritier, il est réglé par l'art. 880. Aux termes de cet article l'action en séparation ne peut plus être exercée lorsque l'immeuble est sorti du patrimoine de l'héritier. Ainsi l'aliénation consentie par l'héritier fait évanouir le droit des créanciers sur l'immeuble.

La loi du 23 mars 1855 a-t-elle modifié le système admis en cette matière par les rédacteurs du Code?

Dans une première opinion on soutient que le législateur de 1855 n'a pas entendu s'occuper de la séparation des patrimoines. Il a voulu protéger le tiers acquéreur qui a transcrit. Ce dernier ne peut donc pas être inquiété par les créanciers héréditaires. Mais quant à ceux-ci, leur droit subsiste après la loi de 1855 tel que l'art. 2111 le leur a conféré. Tant que six mois ne se sont pas écoulés depuis l'ouverture de la succession, ils ont le droit d'inscrire leur privilège; peu importe la transcription. Nous sommes en matière exceptionnelle. Il s'agit ici d'un privilège *sui generis* auquel l'art. 6 de la loi de 1855 ne peut s'appliquer. Si la séparation des patrimoines conférait un *privilège* proprement dit, nous le verrions cité parmi les privilèges sur les immeubles. De plus, nous ne trouvons pas ici de droit de suite. Or sans droit de

suite, pas de privilège. L'attention du législateur de 1855 avait été attirée sur ce point et c'est avec intention qu'il l'a passé sous silence. L'art. 2111 conserve donc toute sa force. Les créanciers héréditaires et les légataires pourront s'inscrire même après la transcription, pourvu que six mois ne se soient pas écoulés depuis l'ouverture de la succession, et par là ils empêcheront la confusion du prix de la vente avec les biens propres de l'héritier, à condition de former opposition au paiement de ce prix par l'acquéreur.

Mais si l'acquéreur a sans aucune opposition payé son prix entre les mains de l'héritier, il ne peut être inquiété par les créanciers héréditaires, et la confusion de ce prix avec le patrimoine de l'héritier fait perdre à ceux-ci le bénéfice de séparation.

Dans une deuxième opinion on dit : la séparation des patrimoines a été qualifiée de privilège : dès lors son inscription est soumise aux règles ordinaires qui régissent les privilèges. Or les privilèges, pour être valables, doivent être inscrits avant la transcription de l'aliénation. La loi de 1855 n'a fait que deux exceptions en faveur du vendeur et du copartageant. Donc la séparation des patrimoines doit être inscrite avant la

transcription. Si elle ne l'est pas, les créanciers héréditaires perdent tout droit, lors même qu'ils seraient encore dans les six mois de l'ouverture de la succession.

Nous pensons que le premier système doit être adopté. La loi de 1855 n'a en rien modifié cette matière. C'est le Code qui la régit toujours. Il en résulte que les créanciers héréditaires ne peuvent point inquiéter l'acquéreur, lors même que l'aliénation aurait été faite après que l'inscription de ces créanciers aurait été opérée (article 880). D'un autre côté, l'acquéreur ne peut pas empêcher les créanciers de s'inscrire même après la transcription de l'aliénation, Pourvu que cette inscription ait eu lieu dans les six mois de l'ouverture de la succession, ils pourront s'en prévaloir pour empêcher la confusion du prix de l'immeuble avec le patrimoine de l'héritier (art. 2111).

Exception à la règle contenue dans l'art. 6.

44. En principe l'immeuble est à partir de la transcription à l'abri des privilèges et hypothèques qui n'étaient pas encore inscrits, lors de l'accomplissement de cette formalité. Mais la loi a fait une exception en faveur du vendeur et du

copartageant. Ils peuvent inscrire leur privilège même après la transcription, pourvu que quarante-cinq jours ne se soient pas écoulés depuis la vente ou le partage.

Pour le copartageant il y a deux hypothèses à distinguer : ou l'immeuble est resté dans le patrimoine du copartageant chargé de la dette, et alors le copartageant créancier peut inscrire son privilège dans les soixante jours du partage ; tandis que faute d'inscription dans ce délai son privilège dégénère en une simple hypothèque ;

Ou l'immeuble a été aliéné et alors le copartageant en faveur duquel existe le privilège peut toujours l'inscrire, même après la transcription, pourvu que quarante-cinq jours ne se soient pas écoulés depuis le partage. Passé ce délai, son droit de suite est perdu.

43. Pour le vendeur, la nature de son droit a donné lieu à de profondes dissidences.

On a soutenu que, tant que la transcription n'a pas été opérée, le vendeur reste, même après l'aliénation, propriétaire vis-à-vis de l'acheteur et de ses ayants cause. Il peut donc revendiquer.

Un second système, moins absolu, reconnaît que la mutation de propriété n'est pas suspendue dans l'intérêt du vendeur jusqu'à la transcription. Son droit de propriété s'est réduit à la

retenue du privilège lors de l'aliénation. Cette opinion présente un intérêt pratique. Si, en effet, nous supposons la faillite de l'acheteur avant que le vendeur ait inscrit son privilège, il est clair que, dans ce système, le vendeur n'en a pas moins retenu son privilège et son action résolutoire.

Cette discussion roulait plutôt sur l'interprétation de la loi du 11 brumaire an VII. Cependant, même après la loi du 23 mars 1855, elle a continué à un point de vue plus théorique que pratique. M. Valette reconnaissait lui-même que la loi du 23 mars 1855 avait tranché la question contre lui. Mais il aurait désiré une modification dans le sens de ses opinions. Néanmoins, la question nous semble devoir encore être discutée, puisque M. Pont soutient encore que le vendeur reste propriétaire jusqu'à la transcription.

Ce système est en contradiction formelle avec les principes que nous avons exposés. Nous avons soutenu, en effet, que la transmission de la propriété était accomplie entre les parties indépendamment de la transcription.

Sous l'empire de la loi du 11 brumaire an VII, le principe que la propriété est transférée *inter partes* par le seul consentement ne recevait d'ex-

ception que par rapport aux tiers qui avaient contracté avec le vendeur. D'où il résultait que le vendeur lui-même n'était point considéré comme un tiers, c'est-à-dire qu'à son égard la propriété était déplacée par la vente. Il ne conservait donc pas d'action en revendication.

Quant à la loi de 1855, il résulte de la discussion qui l'a précédée qu'elle a voulu aussi venir au secours des personnes qui contracteraient avec un vendeur de mauvaise foi. Nulle part on ne voit dans ces travaux la mention d'un droit de propriété retenu par le vendeur. Il est dessaisi par l'aliénation. Ce qui le prouve, c'est que la loi lui accorde un délai pour s'inscrire; or on ne s'inscrit pas sur soi-même.

La loi a cependant établi en faveur du vendeur une dérogation au principe général. Ce n'est point un créancier ordinaire. Il pourra s'inscrire même après la transcription de l'aliénation faite par son acquéreur, pourvu que quarante-cinq jours ne se soient pas écoulés depuis la première vente. Passé ce délai, la règle reprend son empire; il devient un créancier chirographaire. Il a été jugé par la Cour de cassation qu'au cas de vente, lorsque l'acquéreur vend à son tour et s'est frauduleusement concerté avec son acquéreur pour que le vendeur

Len.

10

n'ait pas le temps de prendre inscription dans les quarante-cinq jours qui lui sont donnés à partir de son contrat pour le maintien de son privilège, la transcription de la revente ne lui fait perdre ni son privilège ni son action résolutoire (Cass. D. P. 59, 1, 500).

Nous ne pensons pas que ce système doive être adopté, car, si le vendeur a été victime d'une collusion, il a eu cependant un délai suffisant pour s'éclairer. Le législateur a accordé au vendeur quarante-cinq jours pour s'inscrire. Il a considéré ce délai comme suffisant, quelles que fussent les circonstances.

S'il s'est inscrit dans le délai de quarante-cinq jours, il primera tous les créanciers qui se présenteront du chef de l'acheteur, lors même qu'ils auraient pris inscription avant lui. Si l'immeuble reste dans le patrimoine de l'acheteur, le vendeur primera tous les créanciers de l'acheteur à quelque époque qu'ils se soient inscrits. Il n'y a rien ici de particulier au privilège du vendeur : c'est un effet de la rétroactivité attaché aux privilèges en général.

Nous pensons que le vendeur n'a conservé ni la propriété ni un démembrement de ce droit après l'aliénation. Il a tout aliéné. Il peut seulement faire inscrire son privilège. Il n'est pas

nécessaire pour cela qu'il l'ait retenu. On ne concevrait la nécessité de cette rétention que si le privilège ne produisait d'effet qu'à la date de son inscription ; mais puisqu'il rétroagit au jour de l'aliénation, peu importe qu'il naisse postérieurement à cette aliénation. De plus, si le vendeur retenait son privilège, on ne comprendrait pas qu'il pût être primé par certains créanciers privilégiés de l'acheteur, ceux énumérés dans l'art. 2101.

46. Un conflit peut s'élever dans les conditions suivantes : Jacques aliène au profit de Paul son immeuble A. L'acte est passé et a date certaine du 1^{er} janvier 1878. Le 10 du même mois, Pierre, créancier privilégié ou hypothécaire de Jacques, pratique une saisie immobilière contre son débiteur sur l'immeuble A. La saisie est transcrite le même jour. Le 15 janvier seulement, Paul fait transcrire son acte d'aliénation.

On soutient que le créancier privilégié ou hypothécaire se trouve, après la saisie, investi d'un droit nouveau vis-à-vis de l'acquéreur, lorsque la transcription de la saisie a précédé celle de l'aliénation. En effet, dit-on, le créancier est armé non seulement de son droit de privilège ou d'hypothèque, ce qui lui permet de faire saisir l'immeuble entre les mains de tout tiers déten-

teur, de le faire vendre et de se faire payer sur le prix, mais il peut encore invoquer à son profit l'art. 3 de la loi de 1855, et dire : J'ai un droit de privilège ou d'hypothèque sur l'immeuble ; par suite je suis un tiers protégé par la loi de 1855 ; or l'aliénation n'est consommée à l'égard des tiers que par la transcription : donc je puis opposer à l'acquéreur le défaut de transcription.

Ce système est rigoureux pour l'acquéreur : il le prive du droit de purger ; il ne peut plus espérer conserver l'immeuble à défaut de surenchère du dixième faite en temps utile.

La solution contraire, tout en sauvegardant les droits de l'acquéreur, laisse cependant intact le droit de suite du créancier et ne lui fait perdre que les frais de la saisie. Cette opinion a de plus en sa faveur le texte de l'art. 686 du Code de procédure, aux termes duquel « la « partie saisie ne peut, à compter du jour de la « transcription de la saisie, aliéner les immeubles « saisis, à peine de nullité et sans qu'il soit besoin de la faire prononcer. » Il résulte incontestablement de ce texte qu'avant la transcription, la partie saisie peut aliéner valablement l'immeuble saisi. Cependant on insiste et on soutient que l'art. 686 du Code de procédure a été

modifié virtuellement par la loi du 23 mars 1855 et notamment par l'art. 3. Les créanciers privilégiés ou hypothécaires sont, dit-on, des tiers aux termes de l'art. 3 de la loi de 1855.

Sans doute, le créancier privilégié ou hypothécaire a un droit sur l'immeuble. Mais ce droit qu'il a sur l'immeuble ne le constitue pas tiers dans le sens de la loi de 1855. En effet, le droit qui résulte de l'hypothèque comme celui qui est attaché à la saisie ont été formulés par la loi. Le législateur de 1855 n'y a rien changé ; il a entendu faire une loi de crédit et de publicité et non bouleverser les principes du Code civil. Ceci posé, lorsqu'un créancier hypothécaire ou privilégié pratique une saisie après l'aliénation, le débiteur nous paraît fondé à lui répondre : En quelle qualité vous présentez-vous ? est-ce comme créancier hypothécaire ou comme créancier saisissant ? Vous ne pouvez invoquer contre moi votre hypothèque ; car elle n'enlève point au débiteur le droit d'aliéner l'immeuble grevé. C'est le tiers détenteur qui doit être saisi et non le débiteur. Exercez votre droit de suite vis-à-vis de lui.

Vous présentez-vous comme créancier saisissant ? Ce n'est plus votre hypothèque que vous invoquez, mais votre créance. Il ne s'agit donc

plus ici de droit réel, et la loi de 1855 ne s'applique pas plus ici que dans le premier cas. Vous vous présentez comme créancier saisissant. A ce titre, vous n'avez droit à aucune préférence. (Voir Dalloz, 1878, 1, 49.)

47. Un conflit peut s'élever entre l'acquéreur et les créanciers chirographaires de l'aliénateur. Nous traiterons ultérieurement de ce conflit dans les rapports de l'acquéreur avec le preneur à bail, créancier chirographaire, qui exige une étude spéciale. Mais en ce qui concerne les créanciers chirographaires en général, le conflit a lieu dans les hypothèses suivantes :

1° L'aliénateur peut être tombé en faillite avant la transcription de l'aliénation ;

2° Le créancier chirographaire peut avoir pratiqué une saisie des fruits avant la transcription de l'aliénation ;

3° Le créancier chirographaire pratique une saisie sur l'immeuble avant ou après l'aliénation, mais avant la transcription. Examinons successivement ces trois hypothèses :

48. 1° Un commerçant a vendu un immeuble à une époque où il pouvait vendre valablement ; il est ensuite déclaré en faillite avant la transcription de l'acte d'aliénation. La transcription faite par l'acheteur après le jugement déclaratif

de la faillite pourra-t-elle être opposée à la masse ?

Un grand nombre d'auteurs pensent qu'à partir du jugement déclaratif de faillite, il s'opère un dessaisissement du débiteur au profit des créanciers. M. Mourlon expose ainsi cette théorie : « Dès l'instant du jugement, le failli est des-
« saisi de ses biens ; aussitôt par conséquent naît
« en la personne de ses créanciers le droit réel
« qu'implique le dessaisissement qu'il subit. »
Ainsi, selon M. Mourlon, le dessaisissement implique le droit réel.

Nous contestons cette affirmation. En effet, le jugement déclaratif de faillite n'entraîne le dessaisissement du failli que dans une certaine mesure ; il ne lui enlève que l'administration de ses biens. Le failli ne peut donc plus aliéner après la faillite. Mais quant aux aliénations qui ont eu lieu avant le jugement, elles ont été valablement faites. Elles doivent donc être maintenues ; car on ne peut prétendre que le dessaisissement du failli entraîne la nullité des actes qu'il a faits à une époque où sa capacité était entière.

D'ailleurs, l'acquéreur ne veut point appauvrir la faillite. Il veut seulement conserver ce qui lui appartient, et c'est avec raison, selon

nous, qu'il invoquera l'art. 3 de la loi du 23 mars 1855 en disant à la masse : Tant que votre hypothèque n'est pas inscrite, vous n'êtes pas des tiers; vous ne pouvez donc pas m'opposer le défaut de transcription.

Si l'hypothèque des créanciers de la faillite a été inscrite avant la transcription de la vente, ils auront, comme tout créancier hypothécaire, le droit d'invoquer leur hypothèque contre l'acheteur, qui pourra toujours purger ou obliger les créanciers à faire une surenchère du dixième. C'est en ce sens que s'est prononcée la Cour suprême (Req. 5 août 1869, D. P. 70, 1, 161). Dans ce système, les créanciers de la faillite ne sont point sacrifiés. Car de deux choses l'une : ou la vente a été faite pour un prix rémunérateur, et alors elle n'est point nuisible aux créanciers; ou elle a été faite à des conditions désavantageuses, et alors elle tombe sous le coup de l'art. 1167 du Code civil.

Si nous supposons non plus une vente mais une donation, la question est plus aisée à résoudre. Un commerçant a fait une donation : puis il est tombé en faillite avant la transcription de la donation. Les créanciers de la faillite pourront opposer au donataire le défaut de transcription de la donation ; car ils y ont inté-

rêt, et l'art. 941 n'exige pas d'autre condition pour pouvoir opposer à un donataire le défaut de transcription.

49. 2° Le créancier chirographaire peut avoir pratiqué une saisie des fruits avant la transcription d'une aliénation à titre onéreux.

Il n'est pas en droit, selon nous, de pratiquer cette saisie après l'aliénation ; car, vis-à-vis des créanciers chirographaires, la vente même non transcrite est valable : ils ne sont pas des tiers, et la saisie ne peut leur donner cette qualité.

Si nous supposons qu'une donation a été faite, les créanciers chirographaires du donateur qui ont pratiqué une saisie des fruits sont au contraire fondés à opposer au donataire le défaut de transcription ; car ils y ont intérêt. (Art. 941.)

50. 3° Lorsque le créancier chirographaire a pratiqué une saisie entre l'aliénation et la transcription et que la transcription de la saisie a précédé celle de la vente, passe-t-il dans la catégorie des tiers qui peuvent opposer le défaut de transcription à l'acquéreur à titre onéreux ?

L'affirmative est soutenue par un grand nombre d'auteurs et par la jurisprudence. Voici sur quels raisonnements elle se fonde :

On invoque l'art. 686 du Code de procédure

qui porte que « la partie saisie ne peut, à compter du jour de la transcription de la saisie, « aliéner les immeubles saisis, à peine de nullité « et sans qu'il soit besoin de la faire prononcer. » Si, dit-on, les créanciers peuvent faire annuler les actes passés par le saisi au mépris de leur intérêt, s'ils le peuvent non seulement contre lui, mais encore contre les tiers acquéreurs, c'est un véritable droit de suite que la loi leur a conféré. La saisie peut donc être considérée comme un nantissement *sui generis* ; elle constitue une sûreté réelle analogue au droit de gage.

On invoque les paroles du rapporteur de la loi de 1841 : « la saisie affecte la propriété. » Donc, dit-on, elle confère aux créanciers un droit réel, *sui generis*, se conservant au moyen de la transcription. Ils rentrent alors dans la catégorie des tiers auxquels une aliénation ne peut être opposée tant qu'elle n'a pas été transcrite.

Cette opinion a été sanctionnée par la cour de Paris le 9 février 1877. Aux termes de cet arrêt, le fait que la vente est antérieure ou postérieure à la saisie est sans importance ; ce qu'il faut considérer, c'est la date de la transcription.

Nous croyons ce système contraire au texte de l'art. 686 qu'on invoque cependant en sa

faveur. Il résulte en effet de cet article que, postérieurement à la transcription de la saisie, le débiteur n'a plus le droit d'aliéner. Il a donc le droit d'aliéner avant cette transcription. La saisie qui a lieu après la vente est venue trop tard. Elle a été opérée sur un non propriétaire et la transcription de cette saisie tardive ne peut pas faire qu'elle ait été valable.

Dans le système que nous combattons on met en relief l'idée du gage pour en faire ressortir un droit réel. Mais on peut avoir un droit de gage sur les biens sans avoir pour cela un droit réel, car le créancier a un droit de gage sur tous les biens de son débiteur en vertu de l'art. 2092; on n'a jamais soutenu cependant que ce droit de gage équivaille à un droit réel. D'ailleurs, le créancier saisissant vient en concours avec les autres créanciers chirographaires même étrangers à la saisie. Ce prétendu droit réel du saisissant n'est du reste mentionné par aucun texte. L'art. 686, sur lequel on se fonde, n'a pas cette portée. S'il annule les ventes faites par le saisi après la transcription du procès-verbal, cela n'est point une preuve de la réalité du droit du saisissant. Le débiteur aliène en fraude de son créancier. On peut donc soutenir qu'il y a là une application pure et simple de l'art. 1167.

D'ailleurs, la discussion de la loi de 1841 prouve clairement que le législateur de cette époque n'a pas entendu accorder au saisissant un droit réel. Il est vrai qu'il ne s'agissait pas précisément du conflit entre un acquéreur et un créancier saisissant ; mais la question n'en fut pas moins tranchée par ce débat, puisqu'il s'agissait de savoir si un droit de préférence devait être accordé au saisissant sur les hypothèques concédées postérieurement à la saisie. Si on lui eût accordé ce droit, il est clair qu'il eût pu aussi l'opposer à un acquéreur. Un amendement avait été présenté en ce sens. Le rapporteur répondit en ces termes : « Il « résulterait du système proposé que nous « aurions des créanciers chirographaires, des « créanciers hypothécaires et puis des créanciers « qui, sans être garantis par un privilège ou une « hypothèque, seraient garantis par une sorte « de droit de préférence. De sorte que nous ne « serions plus régis par le principe qui veut que « tous les créanciers chirographaires viennent à « contribution. »

Le garde des sceaux ajouta qu'adopter le système proposé serait bouleverser le régime hypothécaire. « Au moment où le saisissant opérait « la saisie, il devait connaître la nature de son

« titre; il était créancier chirographaire; il
« devait savoir qu'il ne viendrait qu'après tous
« les créanciers hypothécaires, à quelque époque
« qu'ils eussent été inscrits, et en concurrence
« avec les créanciers chirographaires; qu'il ne
« vienne pas réclamer un droit qui ne *repose*
« *sur aucune disposition de la loi* et qui est même
« en contradiction formelle avec la nature du
« régime hypothécaire. »

Sur ces observations l'amendement fut rejeté et la loi adoptée telle qu'elle est.

Il nous paraît possible du reste d'expliquer les effets de la saisie sans recourir à l'idée d'un droit réel. Il résulte des art. 1242, 1298, 1690 C. civil, 600 C. proc. civ., 400 Code pénal, que la loi prend des mesures pour empêcher un détournement de l'objet après la saisie. C'est la même idée qui a guidé le législateur en cas de saisie immobilière. Il a voulu qu'après la transcription les aliénations consenties par le saisi soient nulles, afin que le gage du créancier reste intact.

51. *F.* — Un conflit peut s'élever entre l'acquéreur et le preneur à bail.

Quand il s'agit du preneur dont le bail a moins de dix-huit ans, notre question n'est autre que celle de savoir si le bail confère un droit réel ou personnel. Sans vouloir traiter cette question

qui, ce nous semble, nous écarterait de notre sujet, nous dirons que nous nous rangeons à l'opinion générale, d'après laquelle le droit du preneur n'est qu'un droit de créance; d'où nous concluons que le preneur, même quand il a donné date certaine à son bail avant la transcription, ne peut pas opposer au vendeur le défaut de cette transcription.

Supposons maintenant au contraire que le bail ait plus de dix-huit ans. La loi le soumet alors à la formalité de la transcription (art. 2-4° de la loi du 23 mars 1855). Dans ce cas le preneur qui a transcrit son bail avant la transcription de la vente nous paraît au contraire pouvoir opposer le défaut de transcription. L'art. 3, en effet, ne donne pas le nom de réel au droit qu'il exige chez les tiers pour pouvoir invoquer le défaut de transcription; et la généralité de ses termes nous paraît comprendre sans distinction les droits tant réels que personnels que la loi de 1855 elle-même soumet à des conditions de publicité, lorsque ces conditions de publicité ont été remplies.

Ainsi s'agit-il d'un bail de plus de dix-huit ans constitué et transcrit avant la transcription de l'acte de vente, il sera opposable à l'acquéreur pour toute sa durée.

Quant aux baux de plus de dix-huit ans non transcrits, constitués antérieurement à la transcription de l'acte de vente, pourvu qu'ils aient date certaine, ils seront opposables à l'acquéreur pour dix-huit ans.

Supposons maintenant que l'immeuble ait été donné ; postérieurement à cette donation et antérieurement à sa transcription, le donateur constitue un bail sur l'immeuble. Il n'est pas douteux que le locataire ne puisse opposer le défaut de transcription ; car le locataire n'a pas besoin de justifier d'un droit réel. Il lui suffit d'être créancier pour pouvoir opposer le défaut de transcription d'une donation, puisqu'il y a intérêt (art. 941).

Nous avons dit que les baux de plus de dix-huit ans non transcrits, constitués antérieurement à la transcription de l'acte de vente, pourvu qu'ils aient date certaine, seraient opposables à l'acquéreur pour dix-huit ans.

52. Mais à quel moment commencent à courir les dix-huit années de bail opposables à l'acquéreur ?

Sera-ce du jour où le bail a date certaine ?

Ou du jour de la vente de l'immeuble ?

Ou du jour de la transcription de l'aliénation ?

Où du jour où le bail sera opposé à l'acquéreur ?

C'est ce que la loi ne nous dit pas : et cependant l'attention du législateur avait été éveillée sur ce point. Des explications avaient été demandées. Le commissaire du gouvernement se borna à répondre que « le projet avait été élaboré par les hommes les plus compétents et « qu'on n'y avait pas trouvé les obscurités « signalées. »

Cependant cette question a donné lieu à quatre systèmes. Selon les uns, c'est à partir de la vente que courrait le point de départ du délai. Selon les autres, c'est du jour où le preneur est entré en jouissance. Enfin, on a soutenu que le point de départ se plaçait au jour où la vente avait été transcrite.

Nous pensons que ce délai court du jour où le bail a date certaine. En effet, le preneur ne doit pas jouir pendant plus de dix-huit ans, et c'est ce qui aurait lieu si le délai courait du jour de la transcription. De même, le délai ne peut pas courir du jour de la vente ; car vis-à-vis des tiers ce n'est pas la date de la vente qu'il faut examiner, puisque, tant qu'elle n'est pas transcrite, elle n'est pas opposable aux tiers.

53. Quant au bail emphytéotique, doit-il être

transcrit ? La loi de 1855 ne s'est pas prononcée sur ce point. Cependant on admet généralement que tout acte constitutif d'emphytéose doit être transcrit. Car si les baux ordinaires sont soumis à cette formalité, à plus forte raison les baux emphytéotiques doivent y être assujettis. Mais on n'est pas d'accord sur les effets du défaut de transcription. Si le bail emphytéotique a été transcrit, il sera opposable à l'acquéreur pour toute sa durée. Mais s'il ne l'a pas été, l'acquéreur de la propriété pourra-t-il méconnaître absolument le prétendu droit de l'emphytéote ou sera-t-il obligé de le subir pendant dix-huit ans ? Pour résoudre la question, il faut prendre parti sur le point de savoir si l'emphytéose a été maintenue comme droit réel, ou s'il faut la considérer comme un bail plus étendu que les autres, car un droit réel qui devait être transcrit et qui ne l'a point été est considéré comme inexistant au regard des tiers. Ainsi que nous l'avons exposé plus haut (n° 32), nous pensons que les rédacteurs du Code ont entendu supprimer l'emphytéose comme droit réel. L'acquéreur de la propriété devra donc subir le bail emphytéotique non transcrit pendant dix-huit ans.

54. L'acquéreur d'un immeuble doit suppor-

Len.

11

ter les quittances et cessions de loyers ou fermages non échus, quand la somme reçue ou cédée par avance ne représente pas le revenu de trois années ; mais si cette cession représente le revenu de trois années, elle ne peut lui être opposée que si elle a été transcrite.

On s'est demandé s'il y a des différences au point de vue de la transcription de ces actes de cession entre l'acquéreur à titre onéreux et le donataire. Nous ne voyons pas pourquoi on distinguerait entre les cessions ou remises à titre gratuit et les cessions ou transports à titre onéreux. L'art. 11 renvoie, il est vrai, au titre du Code civil en ce qui concerne les donations. Mais il est manifeste qu'il ne concerne que les donations immobilières, et non point les donations d'objets mobiliers.

CHAPITRE II.

RAPPORTS DE L'ALIÉNATEUR AVEC LES AYANTS CAUSE DE L'ACQUÉREUR.

55. Entre les parties la transcription n'est pas nécessaire pour le transfert de la propriété. Il en résulte que l'aliénateur a cessé d'être propriétaire avant la transcription. Il n'est pas

lui-même un tiers qui puisse opposer le défaut de transcription de l'aliénation qu'il a consentie.

Voici les conséquences de ce principe : Si les parties se désistent avant la transcription, l'aliénateur n'en a pas moins cessé d'être propriétaire dans l'intervalle. L'acte est donc une rétrocession : la propriété rentrera aux mains de l'aliénateur, grevée des droits réels conférés par l'acquéreur ou établis par la loi, comme une hypothèque conventionnelle, légale ou judiciaire. De nouveaux droits de mutation seront exigés.

Si au contraire l'aliénateur n'avait pas cessé d'être propriétaire, le contrat pourrait être annihilé *mutuo dissensu*. Il n'y aurait point de droit fiscal à payer, et la propriété n'aurait pu être frappée d'aucun droit réel du chef de l'acquéreur.

86. Nous nous demanderons si cet effet ne se produit pas en cas de résiliation faite dans les vingt-quatre heures des actes résiliés.

En effet, l'art. 68, § 1, n° 40, de la loi du 22 frimaire an VII frappe d'un droit fixe les résiliements purs et simples faits par acte authentique dans les vingt-quatre heures des actes résiliés.

L'origine de cette disposition se trouve dans notre ancien droit. En effet, on avait fini par admettre, après de nombreuses discussions, que

lorsque le résiliement aurait lieu dans un délai très rapproché, aucun droit ne serait exigé. On s'appuyait sur ce principe : *momentanea non considerantur*, et on concluait qu'il s'agissait dans ce cas de l'accomplissement d'une condition résolutoire et non d'une rétrocession.

Aujourd'hui le résiliement qui a lieu dans les vingt-quatre heures n'est-il au fond qu'une rétrocession affranchie du droit proportionnel ou une condition résolutoire ?

Si c'est une rétrocession, il en résulte :

1° Que cet acte doit être transcrit ;

2° Que le vendeur doit avoir soin d'opérer la purge des hypothèques.

Si le résiliement opéré dans ce délai n'est que l'accomplissement d'une condition résolutoire, il en résulte que l'acte de résiliement ne doit pas être transcrit. Les hypothèques légales, judiciaires ou conventionnelles qui auraient frappé l'immeuble du chef de l'acquéreur seraient rétroactivement effacés.

M. Demante, et nous nous rallions à son opinion, pense qu'on peut considérer tout résiliement qui a lieu dans les vingt-quatre heures comme opéré en vertu d'une condition résolutoire implicite. C'est une application de la règle ancienne dont nous avons parlé.

En cas de vente, signalons des conséquences spéciales ; le vendeur n'est plus qu'un créancier privilégié de l'acheteur.

Aussi l'acheteur, et non le vendeur peut-il revendiquer, même avant la transcription, contre tout possesseur sans titre et de mauvaise foi, et même contre tout possesseur qui a titre et bonne foi, s'il a acquis, lui, *a vero domino* et si ce possesseur a acquis *a non domino*.

2° Si le vendeur restait propriétaire, son droit ne pourrait se perdre. Mais comme il est créancier, bien qu'il ait un privilège et une action résolutoire, la conservation de son droit est subordonnée à l'accomplissement de certaines formalités. Si le privilège n'est pas inscrit dans les quarante-cinq jours de l'acte de vente, que dans l'intervalle l'acquéreur aliène de nouveau et que cette seconde aliénation soit transcrite, le vendeur perd son privilège et comme conséquence son action résolutoire.

L'acheteur étant propriétaire a pu constituer sur l'immeuble des droits réels. Ces droits seront opposables au vendeur même s'ils n'ont point été transcrits. Car le vendeur n'est pas un tiers vis-à-vis de l'acheteur et de ses ayants cause. Mais si la vente consentie à l'acheteur n'a pas été transcrite, les tiers qui con-

tracteraient avec le vendeur n'ont point à s'occuper des droits constitués par l'acheteur même s'ils ont été transcrits. Car pour eux la propriété réside toujours sur la tête du vendeur.

57. L'acheteur peut également consentir des hypothèques sur l'immeuble. Elles sont valables, bien que la vente n'ait pas été transcrite. Mais elles seront primées par le privilège du vendeur, à quelque époque qu'il ait été inscrit, si l'immeuble est resté dans le patrimoine de l'acheteur, pourvu qu'il soit inscrit dans les quarante-cinq jours de la première vente, si l'acheteur a revendu et que cette vente ait été transcrite.

Ainsi, la vente a été transcrite : dans ce cas le vendeur conserve son privilège ; il n'a rien à faire.

La vente ne l'a pas été : si l'immeuble reste dans le patrimoine de l'acheteur, le vendeur peut toujours inscrire son privilège et primer les ayants cause de l'acheteur, si l'immeuble a été aliéné par l'acquéreur. Tant que le vendeur est dans les quarante-cinq jours de son contrat de vente, il peut s'inscrire utilement, malgré la transcription d'une seconde aliénation. Les quarante-cinq jours une fois passés, il rentre dans le droit commun qui veut que son privilège soit

rendu public avant la transcription de la seconde aliénation.

58. Le vendeur peut-il, même après la faillite déclarée de son acheteur, faire inscrire son privilège ou transcrire ?

Nous pensons qu'il faut s'en tenir ici à l'article 448 du Code de commerce. « Les droits « d'hypothèque et de privilège valablement « acquis, dit la loi, peuvent être inscrits jus- « qu'au jour du jugement déclaratif de la « faillite. » Ce texte est précis. Il ne fait aucune distinction ; peu importe la nature du privilège. Pourquoi refuserait-on de l'appliquer ? Nous sommes ici en matière spéciale : *specialia generalibus derogant*. Ce n'est pas d'ailleurs la seule dérogation que le Code de commerce ait apportée aux dispositions du Code civil en matière de faillite. C'est ainsi que l'effet de l'hypothèque légale des femmes de faillis a été modifiée (art. 563 et 564 du Cod. de comm.). De même le privilège et le droit de revendication établis par le n° 4 de l'art. 2102 du Code civil au profit du vendeur d'effets mobiliers ne sont point admis en cas de faillite (art. 550 Code de comm.). Le droit commun subit donc en cette matière de notables modifications. Pourquoi ne pas admettre que la loi a pu

aussi restreindre le délai accordé pour s'inscrire ?

On invoque l'intérêt du vendeur. Mais le vendeur aurait pu sauvegarder son droit. Il eût pu stipuler la rétention de la propriété à son profit jusqu'au moment où son inscription aurait été effectuée.

Dans le système que nous combattons on se fonde sur le texte de la loi. Elle dit qu'aucune inscription ne peut être prise après le jugement déclaratif de la faillite : mais elle ne parle pas de transcription. Donc, dit-on, le vendeur peut faire transcrire son contrat après la faillite de son acheteur. En effet, les déchéances sont de droit étroit. De ce que le vendeur ne peut plus s'inscrire, il ne faut pas en conclure qu'il ne peut transcrire. (Pont, *Revue pratique*, t. XVI, pages 305 et suiv.)

Cette interprétation de la loi nous paraît trop étroite. Il nous semble plus juridique de rechercher l'intention du législateur. Or l'idée du législateur est évidemment ici de protéger la masse contre un privilège presté occulte. La loi repousse ce privilège, quel que soit le mode de conservation que le vendeur veuille employer. La transcription valant inscription, elle repousse la transcription. S'il en était autrement, elle aurait manqué son but.

On a dit encore : Pourquoi le vendeur ne conserverait-il pas son privilège, puisqu'il a le droit d'aliéner l'immeuble vendu, même au cours de la faillite de l'acheteur, quand la vente n'a point été transcrite : et si dans ce cas l'acheteur fait transcrire son contrat, les créanciers de la faillite le subiront.

Ces deux solutions, bien qu'elles semblent contradictoires, n'ont cependant rien d'illogique, car dans les deux cas nous trouvons une sanction du principe de publicité. A défaut de transcription, le vendeur perd son privilège et l'acheteur son droit de propriété.

59. Lorsque l'acheteur vient à décéder et que sa succession est acceptée sous bénéfice d'inventaire, le vendeur ne peut pas non plus inscrire son privilège après l'ouverture de la succession (art. 2146-2°).

60. Dans ces deux cas, faut-il dire aussi que le vendeur a perdu son action en résolution ? Faut-il interpréter en ce sens l'art. 7 de la loi du 23 mars 1855 ?

Avant de traiter cette question, il nous semble nécessaire de dire quelques mots de l'action en résolution et des modifications qui y ont été apportées par la loi du 23 mars 1855.

Dans tout contrat synallagmatique, si l'une

des parties ne satisfait point à son engagement, l'autre partie peut demander la résolution du contrat (art. 1184 et 1654 C. civ.).

Ainsi le Code civil avait assuré au vendeur deux garanties distinctes : 1^o son privilège ; 2^o son action en résolution. Mais ces deux droits n'étaient pas soumis au même régime. Tandis que le privilège devait être inscrit pour pouvoir être opposé aux tiers, l'action en résolution produisait son effet en dehors de toute publicité. Elle subsistait même après la purge sur aliénation volontaire, même après l'adjudication sur saisie. Ainsi le vendeur armé de son droit de résolution pouvait anéantir tous les droits acquis sous la foi de la propriété apparente. Le défaut d'homogénéité de cette législation, les conséquences désastreuses qu'elle entraînait amenèrent de nombreuses et imposantes réclamations, et une première satisfaction leur fut donnée par la loi du 7 juillet 1833, qui organisa l'expropriation pour cause d'utilité publique. Il fut décidé que l'action en résolution des anciens vendeurs serait reportée de l'immeuble exproprié sur l'indemnité qui le représenterait (art. 19).

En 1844 une loi sur la saisie immobilière régla les rapports des précédents vendeurs non

payés avec les adjudicataires des biens saisis sur un sous-acquéreur. On fit remarquer que la loi devait une protection particulière à ces acheteurs qui contractent sous la foi de la justice. Il fut en effet reconnu que l'adjudication éteindrait l'action en résolution du vendeur. Cependant le principe ne fut appliqué que dans quatre cas, savoir :

1^o L'adjudication sur saisie (art. 692 et 717 du Code de procéd.);

2^o L'adjudication sur surenchère du dixième après aliénation volontaire (art. 2188, 2187 C. civ., art. 838 Code procéd. nouv.);

3^o L'adjudication sur délaissement (art. 2174 C. civ.);

4^o L'adjudication sur conversion de saisie lorsque avant la conversion le vendeur a été appelé à la saisie (art. 692).

Restèrent soumises à l'ancienne règle les aliénations volontaires et celles assimilées, c'est-à-dire, d'une part, les adjudications prononcées par les articles 983 et suivants, 988, 1001 (C. pr.), 1558 (C. civ.) et 572 (Code de comm.), et les adjudications qui ont lieu sur conversion de saisie quand la conversion a eu lieu au début de la poursuite.

La même année une enquête sur la réforme

hypothécaire fut ouverte. L'action résolutoire fut soumise à un examen approfondi, et l'accord se fit sur la nécessité de modifier le Code civil à cet égard. Mais on ne s'entendit pas sur l'étendue des réformes à opérer.

La réforme n'eut pas lieu à cette époque : mais les travaux si importants que l'enquête avait suscités avaient porté leurs fruits, et lorsqu'en 1850 la question fut agitée de nouveau, elle donna lieu aux discussions les plus approfondies devant l'Assemblée législative. On invoquait d'un côté l'intérêt des tiers, l'idée du crédit, de l'autre l'idée du droit pur et du respect des conventions.

Les adversaires de l'action résolutoire demandaient sa suppression à peu près complète. Elle rend la propriété incertaine, disait-on, elle énerve le crédit. En effet, l'acquéreur ne pourra emprunter sur son immeuble, puisqu'il est menacé par une action en résolution qu'il ne peut purger. Il ne pourra davantage revendre. Le droit de résolution est donc funeste à l'acheteur : quant au vendeur, il lui est inutile. Son privilège lui suffit, puisque les enchères lui permettront de recevoir la valeur de son immeuble ou d'en reprendre la possession s'il se rend adjudicataire. Objecte-t-on les embarras

et les lenteurs de l'adjudication, on répond que l'action en résolution donne généralement lieu aux procès les plus longs et les plus difficiles. Et quand le vendeur a triomphé, il anéantit la purge, l'ordre clôturé et les paiements effectués. On dit dans ce cas que les choses sont remises dans leur ancien état. Erreur ! L'immeuble augmente généralement dans les mains de l'acheteur : celui-ci perd la plus-value qui est son ouvrage.

Dans l'opinion contraire on montra que le privilège du vendeur ne le protège qu'insuffisamment et que, par conséquent, l'action résolutoire ne lui est pas inutile. Les ventes les plus nombreuses sont au-dessous de douze cents francs. Dans ce cas, le vendeur qui exerce son privilège, par suite de la dépréciation qui résulte de la mise aux enchères et des frais de procédure, ne touche généralement que la moitié de son prix. Si l'acquéreur a revendu en détail, le vendeur sera obligé de suivre des expropriations nombreuses et de faire ouvrir sur chaque prix d'adjudication autant d'ordres distincts. La propriété sera absorbée par le montant des frais.

On objecte que le crédit est paralysé par l'action en résolution. Mais est-il juste que les ac-

quéreurs puissent se procurer des fonds en donnant en gage des biens qui ne leur appartiennent pas ?

L'action en résolution est une sorte de prolongation du droit de propriété en la personne du vendeur. Elle repose sur un droit légitime. La supprimer serait méconnaître la liberté des conventions.

La question cependant ne fut pas encore tranchée à cette époque : les événements politiques ne le permirent pas. Mais en 1855 M. Rouher fit adopter une solution intermédiaire qui, tout en maintenant l'action en résolution, la soumettait au régime de l'inscription. Aujourd'hui, en principe, la perte du privilège entraîne celle de l'action résolutoire.

Revenons maintenant à la question précédemment posée. Lorsque le vendeur, par suite de la faillite de son acheteur ou de l'acceptation bénéficiaire de sa succession, a perdu le droit d'inscrire son privilège, a-t-il également perdu son action en résolution ?

61. Nous pensons que, même après l'inscription prise aux termes de l'art. 490 du Code de commerce, les créanciers de la faillite ne sont pas encore des tiers au point de vue de l'action résolutoire.

Le législateur de 1855 a voulu surtout protéger les tiers acquéreurs. C'est à leur profit que l'action résolutoire s'éteint en même temps que le privilège. Mais la loi n'a pas dit que, quand un vendeur perdait son privilège à l'égard des créanciers de l'acheteur, il perdait aussi son action résolutoire. Or, en cas de faillite nous nous trouvons en présence de créanciers de l'acheteur. Ce n'est pas à eux à profiter d'un bénéfice qui n'a été accordé qu'aux tiers acquéreurs.

D'ailleurs, peut-on dire que les créanciers de la faillite ont acquis leur droit sur l'immeuble du chef de l'acquéreur ? Ce n'est point de l'acquéreur qu'ils tiennent leurs droits, mais de la loi. Ils ne peuvent donc se prévaloir de l'article 7.

62. Un conflit peut s'élever entre l'aliénateur et les ayants cause de l'acquéreur dans les circonstances suivantes :

Une donation a eu lieu et a été transcrite : postérieurement le donataire aliène la chose donnée : dans l'intervalle entre cette aliénation et la transcription de cette nouvelle aliénation, le donateur fait inscrire en marge de la transcription de la donation sa demande en révocation. Est-il un tiers ayant des droits sur l'im-

meuble donné et pouvant opposer le défaut de transcription de la deuxième aliénation ?

L'art. 958 décide que les aliénations faites par le donataire sont valables lorsqu'elles sont antérieures à l'inscription de l'extrait de la demande en révocation en marge de la transcription de la première aliénation. Cet article est formel : il n'exige pas que la transcription de la deuxième aliénation ait eu lieu avant l'inscription de l'extrait de la demande en révocation pour déclarer cette aliénation opposable au donateur. Ainsi, avant la loi de 1855, il n'était pas douteux que le donateur ne pouvait être rangé parmi les tiers ayant le droit d'opposer le défaut de transcription à un acquéreur dont le titre était antérieur à l'inscription de la demande en révocation.

Faut-il dire que la loi du 23 mars 1855 a innové en cette matière ? Nous ne le pensons pas. Car, d'une part, le titre des Donations se suffit à lui-même : et d'un autre côté il est contraire à l'esprit de la loi de 1855 de décider que l'acquéreur qui a traité avec le donataire pourra se voir opposer des droits qu'il n'a pas pu connaître. En effet, quel est le but de la mention de la demande en révocation, c'est d'avertir les tiers qui viendraient traiter avec le donataire. Or,

notre acquéreur au moment où il a traité avait vu que la transcription avait été opérée, qu'aucune mention de révocation n'existait en marge de cette transcription, et que par conséquent aucune restriction n'avait été apportée au droit du donataire. Cet acquéreur est donc devenu propriétaire vis-à-vis du donateur, indépendamment de la transcription de son propre contrat.

CHAPITRE III.

RAPPORTS DES AYANTS CAUSE DE L'ACQUÉREUR AVEC LES AYANTS CAUSE DE L'ALIÉNATEUR.

63. De graves difficultés se sont élevées sur ce point. Lorsqu'une aliénation n'a point été transcrite, il peut arriver que d'une part l'acquéreur consente une sous-aliénation ou des constitutions de droits réels, tandis que de son côté l'aliénateur originaire consent aussi des droits sur le même immeuble. Voici l'espèce :

Primus a vendu ou donné sa maison à *Secundus* qui n'a pas fait transcrire son contrat. Puis *Secundus* constitue un droit réel sur l'immeuble ou le vend à *Tertius*. Si l'acquéreur du droit réel ou *Tertius* fait transcrire non seule-

Len.

12

ment son propre contrat, mais encore celui de *Primus* à *Secundus*, aucune difficulté ne peut se présenter. Les tiers sont prévenus que *Primus* ne peut plus conférer désormais aucun droit. Mais si *Tertius* se borne à faire transcrire son propre contrat, que *Primus* revende à *Quartus* la maison qu'il a déjà vendue à *Secundus*, si d'un autre côté *Tertius* et *Quartus* constituent des hypothèques sur l'immeuble, et que la vente de *Primus* à *Quartus* n'ait été transcrite qu'après celle consentie par *Secundus* au profit de *Tertius*, comment régler le conflit ?

Tertius, en faisant transcrire son contrat avec *Secundus*, s'est mis à l'abri de tous les droits qui pourraient frapper l'immeuble du chef de son vendeur *Secundus*. Il est également propriétaire vis-à-vis de *Primus*. Mais *Tertius* est-il à l'abri des droits que *Primus* constituera sur l'immeuble ?

En faveur de *Tertius* on invoque l'art. 3 de la loi de 1855. Il résulte en effet de cet article que, lorsque la transcription a été opérée, l'aliénation devient opposable aux tiers qui pourraient avoir des droits sur l'immeuble ; et la loi ne fait aucune distinction entre les droits conférés par un vendeur immédiat ou un vendeur antérieur.

Bien que cette opinion soit soutenue par des auteurs considérables, il nous semble plus conforme à l'esprit de la loi de 1855 de donner la préférence à *Quartus*. Celui-ci, en effet, peut répondre : *Primus* a une double qualité ; il est créancier et de plus, tant que la transcription n'a pas été opérée, il reste propriétaire vis-à-vis des tiers. Si donc il se présente comme créancier, la transcription de *Tertius* pourra bien lui faire perdre son privilège. Mais à l'égard des tiers *Primus* ne sera dessaisi que par la transcription de la vente faite à *Secundus*.

Jusque-là il reste toujours propriétaire. S'il en était autrement, les tiers qui traiteraient avec *Primus* seraient trompés, puisque rien ne leur indiquerait que l'immeuble est sorti de son patrimoine. En effet, lorsqu'un acte est porté à la transcription, le conservateur l'inscrit sur le registre des dépôts. L'acte est ensuite copié en entier sur le registre des transcriptions : enfin les noms des propriétaires sur les immeubles desquels une transcription a été opérée sont portés sur une table alphabétique qui seule peut diriger les recherches. C'est donc uniquement sur les noms des propriétaires vendeurs que repose la publicité. Dans notre espèce, *Quartus* ne pourra demander au conser-

vateur qu'une seule chose : y a-t-il eu transcription sur tel immeuble du chef de *Primus* ? Le conservateur ne pourra lui délivrer qu'un certificat négatif. Ainsi, *Quartus* s'est conformé à la loi et cependant il n'a pu connaître l'aliénation qui a eu lieu entre *Primus* et *Secundus* d'abord, et ensuite entre *Secundus* et *Tertius*. *Quartus* s'est renseigné au bureau des hypothèques et néanmoins il n'a pu découvrir l'aliénation qu'on lui oppose : de plus, il a rempli la formalité prescrite par la loi : si malgré tout cela ses droits sont contestés, c'est la faute de la loi et non la sienne, et ce n'est pas à lui à être victime des erreurs du législateur. L'adoption du système allemand à cet égard eût évité des conflits aussi regrettables. En Allemagne l'état des immeubles est inscrit sur un registre (Grund-Buch). Chaque immeuble a un compte ouvert sur lequel sont relatés tous les événements que les tiers ont intérêt à connaître. Un simple coup d'œil sur le registre suffit pour faire connaître toute la suite des propriétaires. Pour remédier aux inconvénients du système français, il faut que l'acheteur ne se borne pas à faire transcrire son contrat. Dans notre espèce *Tertius* aurait dû s'informer et savoir si l'acte de son vendeur avait été transcrit : s'il ne

l'avait pas été, il devait dire à son vendeur *Secundus* : Faites transcrire l'acte qui vous a rendu propriétaire ; sans quoi je n'achète pas.

On répond, il est vrai, dans l'intérêt de *Tertius*, qu'il s'est littéralement conformé à la loi, puisque celle-ci ne lui impose que l'obligation de faire transcrire son propre contrat et non ceux des propriétaires antérieurs. Cette objection fait ressortir toute l'insuffisance de la loi, puisqu'un conflit peut s'élever entre deux personnes qui, toutes deux, ont satisfait à ses prescriptions. Il nous faut cependant donner tort à l'une d'elles.

Or, il semble que *Quartus* ne pouvait agir autrement qu'il l'a fait ; il ne pouvait faire transcrire que son contrat, puisqu'il a acheté du vendeur originaire. *Tertius*, au contraire, pouvait exiger que son vendeur fît transcrire son propre contrat ; en ne le faisant pas, il a manqué de prudence : il ne peut s'en prendre qu'à lui-même si ses droits ne sont pas sauvegardés.

63 *bis*. Nous avons supposé que l'ayant cause du vendeur originaire *Primus* avait acheté postérieurement à l'acquisition de l'ayant cause du deuxième acquéreur *Tertius*. Mais *quid* si l'ayant cause du vendeur originaire *Quartus* achète avant *Tertius*, mais, comme dans la pre-

mière hypothèse, ne fait transcrire qu'après lui?

Voici l'espèce : le 1^{er} mai 1878, Primus vend à Secundus un immeuble; celui-ci ne fait pas transcrire son contrat. Le 15 mai 1878, Primus vend une seconde fois le même immeuble à Quartus, qui ne fait pas transcrire. Puis, le 20 septembre 1878, Secundus revend cet immeuble à Tertius qui fait transcrire seulement sa propre acquisition le 25 du même mois. Quartus fait ensuite transcrire son contrat.

Ici se présente une raison de douter qui n'existait pas dans le premier cas. Quartus peut être accusé de négligence; car, s'il avait fait transcrire son contrat le 15 mai, comme il le pouvait, Tertius eût été averti et n'eût pas acheté à Secundus. D'un autre côté, Secundus n'ayant pas fait transcrire son contrat, Quartus n'a pu le connaître et, par conséquent, n'a pas à le respecter : et s'il peut ne pas tenir compte des droits de Secundus, il en est de même de ceux de Tertius qui n'est que l'ayant cause de Secundus. En résumé, si Quartus a été négligent, il n'en est pas moins vrai que Primus est resté propriétaire vis-à-vis des tiers tant que la transcription de la vente qu'il a faite à Secundus n'a point été opérée. Or, Tertius, pour sauvegarder pleinement ses droits, aurait dû demander

au bureau des hypothèques si une transcription avait eu lieu du chef de son vendeur Secundus. Le conservateur aurait répondu négativement, et alors Tertius ne devait point acheter, puisqu'il savait désormais que l'immeuble était resté vis-à-vis des tiers dans le patrimoine du vendeur originaire.

La question est la même et la solution doit donc être la même, si, ainsi que nous l'avons dit plus haut, nous supposons que Tertius et Quartus ont tous deux consenti des hypothèques sur l'immeuble. Quartus n'a pas à respecter la vente consentie par Secundus à Tertius. Il n'a pas davantage à tenir compte des droits consentis par Tertius : « *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis.* »

CHAPITRE IV.

RAPPORTS DE L'ACQUÉREUR AVEC DES TIERS AUTRES QU'É LES AYANTS CAUSE DE L'ALIÉNATEUR.

L'acquéreur ou le donataire peut se trouver en conflit avec des personnes qui ne tiennent pas leurs droits de l'aliénateur. Faut-il ranger au nombre des tiers :

64 A. — Les possesseurs : L'acquéreur qui n'a pas fait transcrire peut se trouver en conflit avec un *prædo*, un possesseur sans titre. Ce possesseur n'est pas un tiers qui puisse lui opposer le défaut de transcription.

65 B. — L'Etat n'est pas un tiers qui puisse opposer à l'acquéreur le défaut de transcription ; car, d'un côté, l'acquéreur peut se prévaloir de son droit avant la transcription vis-à-vis de l'Etat (par exemple, dans le cas où un cens serait exigé pour être électeur ou éligible), et, de son côté, l'Etat peut se prévaloir de la vente même non transcrite pour exiger des droits de mutation.

Quid en cas de résiliation ? Si le résiliement a lieu plus de vingt-quatre heures après l'aliénation et avant la transcription, il n'y a pas de doute possible. Le fisc aura intérêt à prétendre et soutiendra que vis-à-vis de lui la propriété est transférée même sans transcription, que par suite le résiliement est une rétrocession et qu'il doit percevoir un second droit de mutation.

Mais que décider dans le cas où le résiliement a lieu dans les vingt-quatre heures ?

Si le résiliement n'est qu'une rétrocession affranchie seulement du droit proportionnel, l'acte résilié n'est pas anéanti et doit par suite subir

après le résiliement le droit de 4 0/0. De plus, le résiliement devant être transcrit, un droit de transcription d'1 fr. 50 pour 100 sera perçu.

Mais, comme nous l'avons dit plus haut (n°56), le résiliement n'est que l'exécution d'une condition résolutoire. Il en résulte que l'acte résilié encourt seulement un droit fixe comme acte in-nomé (1 franc ou 2 francs suivant que cet acte est judiciaire ou civil).

66 C. — Lorsque la transcription n'a point été opérée et que l'acquéreur d'un *non dominus* se trouve en conflit avec le *verus dominus*, comment régler le débat? L'acquéreur peut-il se voir opposer par le *verus dominus* le défaut de transcription? Le *verus dominus* est-il un tiers protégé par la loi de 1855?

Nous ne le pensons pas. En effet, la loi de 1855 n'a pas été faite dans l'intérêt des propriétaires négligents, mais des tiers acquéreurs. C'est la perte de la possession qui doit mettre le propriétaire en demeure d'exercer ses droits et non la transcription. A quel titre pourrait-il invoquer contre le tiers détenteur le défaut d'une formalité qui ne lui eût rien appris?

Dans l'opinion contraire, on fait remarquer que la loi du 23 mars 1855 semble autoriser à invoquer le défaut de transcription non seule-

ment les tiers qui contractent avec le vendeur, mais encore tous tiers quelconques ; car elle fait rentrer dans cette catégorie d'une façon générale toutes les personnes qui ont des droits sur l'immeuble. Or, le propriétaire a certes un droit sur l'immeuble. Donc il peut invoquer le défaut de transcription.

On dit de plus que l'acquéreur ne peut pas invoquer l'art. 2265 du Code civil ; car un titre qui n'a pas été transcrit n'est pas un juste titre.

Nous persistons néanmoins dans notre opinion, qui se fonde sur les travaux préparatoires de la loi de 1855. Il résulte de toute la discussion qui l'a précédée que ses auteurs n'ont jamais songé à protéger les propriétaires, mais bien les tiers acquéreurs. Ils n'ont pas entendu donner des armes à la négligence, mais sauvegarder les tiers contre des droits constitués clandestinement.

L'acquéreur *a non domino* peut se trouver en présence d'un créancier hypothécaire du *verus dominus*. Dans ce cas la question n'est pas douteuse. Elle est tranchée par l'art. 2180. La prescription ne commence à courir au profit du tiers détenteur que du jour de la transcription de son titre.

Si l'acquéreur *a non domino* qui n'a pas transcrit se trouve en conflit avec un acquéreur de la propriété et de l'usufruit, tenant leurs droits du véritable propriétaire, et que ces ayants cause aient fait transcrire, nous ne pensons pas que l'acquéreur *a non domino* puisse invoquer contre eux la prescription de dix ans.

Pour combattre cette opinion, on fait remarquer que la loi de 1855 n'a pas entendu modifier les principes du Code civil : qu'aux termes de l'art. 2265, pour devenir propriétaire d'un immeuble par la prescription, il suffit de l'acquérir de bonne foi et par juste titre et de le posséder pendant dix ans ; que la transcription n'est exigée que pour rendre public un acte translatif de la propriété, tandis qu'ici l'acquéreur *a non domino* fonde son droit sur la possession.

Nous pensons, au contraire, que la transmission de la propriété résulte au moins autant du titre que de la possession ; car, s'il n'y avait pas de titre, il n'y aurait pas non plus de possession abrégée.

D'ailleurs, l'acquéreur *a non domino* n'a pas un juste titre tant que ce titre n'a pas été transcrit ; car, depuis la loi de 1855, un acte non transcrit ne peut être opposé aux tiers.

Mais la possession de trente ans peut être in-

voquée contre tout acquéreur, lors même qu'il aurait fait transcrire avant l'expiration des trente ans, s'il ne s'est pas prévalu de son droit avant l'expiration du délai de trente ans. Ainsi, supposons une personne sur le point d'arriver à la possession de trente ans. Si le propriétaire vend l'immeuble possédé, que l'acquéreur fasse opérer la transcription, mais ne revendique pas avant l'achèvement du délai de trente ans, la possession trentenaire lui sera opposée.

67. Comment régler le conflit qui peut s'élever dans l'hypothèse suivante ?

Le possesseur d'un immeuble le vend. Postérieurement à cette aliénation, mais avant la transcription, une demande en revendication est intentée contre le vendeur, et le jugement est favorable au revendiquant.

L'acquéreur peut-il dire : Le jugement est pour moi *res inter alios acta*. Je n'y ai point été représenté.

Nous croyons qu'il ne le peut pas. En effet, tant que la transcription n'a pas eu lieu, l'immeuble n'est pas sorti du patrimoine de l'aliénateur vis-à-vis des tiers. L'acquéreur est toujours un ayant cause du vendeur. Ce n'est que par la transcription que son droit se consolide et devient opposable à tous. L'acquéreur ne

pourra donc pas employer la voie de la tierce opposition, à moins qu'il n'y ait eu collusion entre le vendeur et le revendiquant.

Au contraire, si la transcription de l'aliénation a eu lieu avant le jugement, l'acquéreur est un tiers et le jugement auquel il n'aurait point été partie ne lui est pas opposable.

Le revendiquant devra donc, pour s'épargner toute difficulté, mettre en cause le vendeur et l'acquéreur.

CHAPITRE V.

DES FINS DE NON-RECEVOIR QUI PEUVENT ÊTRE
OPPOSÉES AUX PERSONNES ADMISES EN PRINCIPE
A INVOQUER LE DÉFAUT DE TRANSCRIPTION.

68. Lorsqu'une personne est admise en principe à opposer le défaut de transcription, peut-elle, dans certaines circonstances, se trouver déchue de ce droit ? Sur ce point, la loi de 1855 ne s'est pas expliquée. Cette lacune de la loi a fait naître de vives et intéressantes discussions.

69 A. — Et d'abord faut-il dire que la simple connaissance de l'acte non transcrit suffit pour

rendre un acquéreur à titre gratuit ou à titre onéreux non recevable à opposer le défaut de transcription ?

Pour l'acquéreur à *titre gratuit*, nous croyons qu'on peut étendre ici l'art. 1071 : « Aux termes « de cet article, le défaut de transcription ne « pourra être suppléé ni regardé comme couvert par la connaissance que les créanciers ou « les tiers acquéreurs pourraient avoir eue de « la disposition par d'autres voies que celles de « la transcription. » Les créanciers et tiers acquéreurs pourront donc opposer au donataire le défaut de transcription, *lors même qu'ils auraient eu connaissance de la donation par d'autres voies.*

Pourraient-ils également l'opposer à l'acquéreur à titre onéreux, s'ils avaient connu l'acte ? Nous pensons que l'affirmative doit être adoptée. Il n'y a pas de raison pour ne pas admettre ici la disposition de l'art. 1071 ; car, tant que l'aliénation n'est pas transcrite, elle est présumée ignorée des tiers. Il y a là une présomption légale, et nulle preuve n'est admise contre une présomption sur le fondement de laquelle la loi dénie l'action en justice (art. 1352).

On oppose à notre solution des arguments d'équité et on dit : Un second acheteur est-il

digne d'intérêt lorsqu'il oppose le non-accomplissement d'une formalité qui ne lui eût rien appris qu'il ne sût déjà ? Dans l'exposé des motifs de la loi du 23 mars 1855, il a toujours été question des acheteurs de bonne foi. Si le deuxième acheteur peut opposer le défaut de transcription, bien qu'il connût la vente, la loi donne des armes à la fraude.

Ces considérations, si justes qu'elles puissent être, ne peuvent cependant pas prévaloir contre le texte de la loi de 1855. Elle ne distingue pas. Le tiers qui a des droits sur l'immeuble peut opposer le défaut de transcription, et la loi ne dit pas qu'il sera déchu de son droit s'il avait eu connaissance d'une aliénation antérieure. D'ailleurs, l'acquéreur qui n'a pas fait transcrire a été négligent.

Admettre la solution contraire, ce ne serait plus interpréter la loi, mais la refaire. Il est regrettable du reste que la question n'ait pas été approfondie lors de la discussion de la loi de 1855. Peut-être le législateur aurait-il pu accorder davantage à l'équité. C'est ce qu'a décidé la loi belge par son art. 1^{er}. Aux termes de cette loi, pour que les tiers puissent opposer le défaut de transcription, il faut qu'ils aient contracté sans fraude. Il suffit que le second acheteur ait

eu connaissance de la première vente pour qu'il soit repoussé comme coupable de dol.

70 B. — Il peut se faire que non seulement le second acquéreur ait eu connaissance d'une première aliénation, mais encore qu'il ait colludé avec l'aliénateur. Ainsi on a cité l'exemple d'un notaire qui, après avoir rédigé l'acte d'aliénation au profit d'un tiers, achète lui-même de l'aliénateur le même immeuble et se hâte de faire transcrire son acte d'acquisition.

Déjà dans l'ancien droit, un grand nombre d'auteurs ne permettaient pas d'opposer le défaut de transcription, lorsqu'il y avait eu accord entre le donateur et le tiers pour tromper le donataire (Furgole sur l'art. 27 de l'ordonnance de 1731).

Cette solution nous semble devoir être adoptée. Nous l'étendrons aux actes à titre onéreux. Elle résulte des paroles prononcées par M. Suin au Corps législatif. Parlant au nom du conseil d'Etat où le projet de loi avait été élaboré, M. Suin a évidemment reproduit la pensée des auteurs de la loi : « La vente qui a été transcrite la première exclut, dit-il, toutes les autres, à moins que celui qui le premier a rempli cette formalité n'eût *participé à la fraude*. » Cette opinion a été généralement adoptée par la doctrine.

Quant à la jurisprudence, elle est entrée dans cette voie par de nombreux arrêts fondés sur ce que la fraude fait exception à toutes les règles de droit (*Req.* 8 déc. 1858, D. P. 59, 1, 185).

71. *C.* — Les personnes qui sont chargées de faire faire la transcription ne peuvent opposer le défaut de cette formalité (art. 941). La loi du 23 mars 1855 ne contient pas de disposition de ce genre pour les acquisitions à titre onéreux. Cependant la même solution s'impose dans les deux cas.

L'inaccomplissement d'un devoir ne peut devenir la source d'un droit. Les personnes chargées de faire opérer la transcription ne peuvent profiter d'un dommage qu'elles ont mission de prévenir.

72. Mais que faut-il décider pour leurs ayants cause à titre particulier?

Un tuteur ou un mari achète un immeuble avec l'argent de son pupille ou de sa femme. Il ne fait pas transcrire en leur nom, puis il achète du même vendeur et fait transcrire en son nom : s'il vend ou hypothèque plus tard cet immeuble, l'acheteur ou le créancier ne pourront-ils opposer le défaut de transcription ? Les partisans de l'affirmative font le raisonnement suivant. Si les ayants cause du vendeur sont protégés, c'est

Len.

parce qu'ils seraient lésés par une vente qu'ils ne pouvaient connaître. Les ayants cause des personnes chargées de transcrire éprouvent le même préjudice. Pourquoi la loi ne les protégerait-elle pas contre un dommage immérité ?

On a proposé de ne pas permettre aux ayants cause d'opposer le défaut de transcription lorsque, comme dans notre espèce, le mari tient ses droits du vendeur : car les ayants cause du mari succèdent alors à l'obligation qui lui est imposée de faire opérer la transcription. Mais si le mari, après avoir aliéné au profit de sa femme, vend le même immeuble à un second acquéreur, ce dernier, dit-on, a un droit propre ; il est un tiers.

Nous croyons que la première opinion doit être repoussée, car la publicité a été organisée dans l'intérêt de ceux qui contractent avec le vendeur, mais non dans l'intérêt de ceux qui contractent avec les personnes chargées de faire opérer la transcription.

Quant à la distinction proposée, nous croyons que ni le législateur de 1855, ni les rédacteurs du Code n'y ont songé, et puisque la loi de 1855 est muette à cet égard, nous appliquerons ici l'art. 941, qui refuse formellement le droit d'opposer le défaut de transcription aux ayants

cause des personnes chargées de la faire opérer.

73. L'art. 941 dit, d'une façon générale, que les ayants cause des personnes chargées de faire la transcription d'une donation ne peuvent pas plus qu'elles opposer le défaut de cette formalité. Nous rangerons sans difficulté dans la catégorie des ayants cause de ces personnes leurs héritiers ou successeurs universels ou à titre universel.

Mais faut-il considérer les successeurs particuliers à titre onéreux ou à titre gratuit et les créanciers hypothécaires ou chirographaires de ces personnes comme des ayants cause ou comme des tiers?

La raison de douter, c'est qu'un acquéreur à titre onéreux ou à titre gratuit ne succède point aux obligations de son auteur.

Aussi des auteurs considérables ont-ils présenté la distinction dont nous avons déjà parlé pour les actes à titre onéreux.

Si l'acte d'aliénation a été consenti par un tiers à une femme mariée, à un mineur, à un interdit ou à un établissement public, les acquéreurs ou les créanciers du mari, du tuteur ou de l'administrateur, sont ses ayants cause et par suite ne peuvent pas opposer le défaut de transcription.

Ainsi Primus donne un immeuble à une femme mariée, et son mari, au lieu de faire transcrire, achète le même immeuble du donateur, puis le revend à Secundus. Secundus ne peut qu'exercer le droit du mari, son auteur. Il n'a pas de droit propre, les mêmes exceptions peuvent donc lui être opposées; donc Secundus est l'ayant cause du mari.

Mais si le mari fait une donation à sa femme, le tuteur au mineur ou à l'interdit, et que ce tuteur ou ce mari revendent, l'acheteur est un véritable tiers : il pourra opposer le défaut de transcription.

En effet, dans le premier cas Secundus tient son droit, non du donateur, mais de la personne chargée de faire faire la transcription : dans le second cas au contraire, c'est du donateur lui-même que l'acheteur tient son droit. Il a un droit propre et il se présente comme acquéreur ou comme créancier pour faire déclarer inefficace un acte qui viendrait anéantir ou diminuer son droit. De ce que le donateur était obligé de transcrire il ne résulte pas que l'acquéreur ou le créancier succède à cette obligation (Aubry et Rau, tome 7, p. 394; Demolombe, l. 3, t. 2, chap. 4, *Donations*).

Nous ne pensons pas que ce système, si ingé-

nieux qu'il soit, doive être adopté, car il arrive au même résultat que la solution contraire. Les détenteurs des immeubles du mari n'auront aucun avantage à opposer le défaut de transcription, puisqu'ils seront tenus hypothécairement de l'indemnité dont la femme est créancière contre son mari pour ce défaut de transcription. Mais, dit-on, les créanciers pourront contester l'existence de la créance ou de l'hypothèque. Ce seront là des cas exceptionnels.

Notre ancienne jurisprudence décidait, sans aucune distinction, que les successeurs particuliers de la personne chargée de faire faire la transcription d'une donation étaient de véritables ayants cause. L'art. 30 de l'ordonnance de 1731 portait : « Le mari, ni ses héritiers ou
« ayants cause ne pourront en aucun cas, et
« *quand même il s'agirait de donations faites par*
« *d'autres que par le mari*, opposer le défaut d'in-
« sinuation des donations faites à la femme. »

Furgole et Pothier décidaient aussi que les successeurs à titre singulier de la personne chargée de faire insinuer se trouvaient désignés sous le nom d'ayants cause (Furgole, art. 30 et 31 de l'ordonnance ; Pothier, *Des donations entre-vifs*, sect. II, art. 3, § 5).

Le texte de l'art. 941, qui s'est inspiré de l'or-

donnance, est formel : il déclare sans aucune distinction que les ayants cause de la personne chargée de faire faire la transcription ne peuvent opposer le défaut d'accomplissement de cette formalité.

Nous pensons donc qu'il faut appliquer la loi, si regrettable qu'elle soit.

74. *D.* — Lorsqu'une personne a acquis *a vero domino*, mais n'a pas fait transcrire, peut-elle invoquer la prescription pour couvrir ce défaut de transcription vis-à-vis des tiers ?

Nous croyons que, lorsque l'acquéreur a possédé trente ans, il est impossible aux tiers d'invoquer contre lui le défaut de transcription. En effet, si toute personne peut se prévaloir de la possession de trente ans lors même qu'elle tient son droit d'un non-propriétaire, *a fortiori* l'acquéreur qui tient son droit *a vero domino* peut l'invoquer. Il est désormais propriétaire vis-à-vis de tous, bien que son titre n'ait pas reçu la formalité de publicité. Aussi ce n'est point sur ce titre qu'il devra s'appuyer, puisqu'il est toujours vicieux. Il n'a d'ailleurs pas besoin de l'invoquer : il se placera sous la protection d'un principe de droit commun ; il invoquera l'art. 2262 : il se fondera uniquement sur sa possession.

75. Le défaut de transcription peut être couvert

par la prescription de trente ans, soit qu'un acquéreur ait lui-même possédé pendant ce temps, soit qu'il ajoute à sa possession celle de son auteur. Ainsi Primus vend à Secundus. Secundus ne fait pas transcrire, puis il revend à Tertius qui ne fait pas transcrire non plus. Primus vend ensuite le même immeuble à Quartus qui fait opérer la formalité. Si Tertius qui a possédé quinze ans prétend couvrir le défaut de transcription de son acte de vente par sa possession, il devra être repoussé ; mais si son auteur Secundus a possédé lui-même quinze ans, il pourra invoquer cette possession contre Quartus (art. 2235 C. civ.).

CONCLUSION.

76. Si nous cherchons à nous rendre compte de la marche des idées qui ont guidé le législateur aux différentes époques dans la transmission de la propriété, nous voyons que les principes rationnels et scientifiques ont souvent cédé devant les nécessités de l'organisation sociale. Il en fut ainsi à Rome et au moyen âge.

Mais les formes imposées à la transmission

de la propriété dans un but politique servirent en même temps l'intérêt de la société par la publicité qui en résulta. Ainsi Rome avait conquis son territoire et l'État l'avait partagé entre les citoyens. Mais, pour que les vainqueurs seuls restassent en possession, il fallait admettre pour la translation de la propriété des formes particulières, telles que la *mancipatio*, l'*in jure cessio*, applicables aux seuls citoyens romains. La publicité qui résulta de ces transmissions solennelles n'avait point été le but du législateur. A un peuple encore grossier, il fallait des modes de translation à la fois matériels pour frapper les sens et exclusifs pour écarter l'étranger.

Les Romains n'avaient donc pas reconnu en principe la nécessité de la transmission publique de la propriété. Ce qui le prouve, c'est qu'avec les progrès du droit ces formes solennelles disparaissent. La tradition qui les remplace est sans doute une institution véritablement juridique. Mais quand elle se simplifie peu à peu et que l'usage des traditions feintes s'établit, l'intérêt des tiers est atteint par la transmission occulte de la propriété. Le droit s'était perfectionné au point de vue scientifique : mais les jurisconsultes romains avaient négligé le côté économique.

La féodalité arrive et avec elle l'idée juridique disparaît encore devant l'idée politique. Le système féodal repose tout entier sur l'organisation de la propriété. Pour arriver à la hiérarchie des personnes on établit la hiérarchie des terres. Mais il faut que la relation seigneuriale s'affirme à chaque mutation, sans quoi le système entier est ébranlé. Pour cela des formalités nouvelles sont exigées. Ainsi, le vassal doit être ensaisiné, et l'ensaisinement qui a été introduit dans l'intérêt du seigneur, sert aussi l'intérêt général en rendant les aliénations publiques. Ainsi, au moyen âge comme à Rome, la publicité ressort d'institutions qui avaient été établies dans un autre but. Avec le régime féodal toutes ces formalités disparaissent; elles ne survivent plus que dans quelques provinces; la tradition romaine reprend le dessus.

Le droit romain, en effet, était seul arrivé à des principes juridiques et rationnels, à des résultats scientifiques. Mais avait-il assez fait en dégageant la transmission de la propriété de formalités gênantes? Non. Car cette facilité même de la transmission devenait un piège pour les tiers. Le but à atteindre était complexe : abrégé le mécanisme de la translation de la propriété et en même temps le rendre public.

Pour arriver à un déplacement plus rapide, il suffisait d'adopter et d'étendre le principe de la tradition feinte. Pour consacrer le principe de publicité, il suffisait de dégager l'ensaisinement de ses formes féodales en se proposant un seul but, la sécurité des tiers. La législation romaine et la législation féodale contenaient donc en germe la combinaison que le législateur de l'an VII fit prévaloir et qui était celle-ci : la propriété est transférée entre les parties par le consentement, à l'égard de certains tiers, seulement par la transcription. Après tant de revirements, il est enfin arrivé à une formule qui satisfait à la fois l'intérêt des parties et l'intérêt des tiers, parce qu'elle dérive d'un principe rationnel et d'un principe économique.

Cette translation relative de la propriété à l'égard de certaines personnes satisfait-elle la raison d'une façon absolue? Nous ne le pensons pas. Il ne nous paraît pas conforme à la logique de décider qu'on peut être en même temps propriétaire à l'égard d'une personne, non-propriétaire à l'égard d'une autre. En raison pure la propriété est un droit absolu qui ne se scinde pas. Mais si la logique a souffert de ce principe, la société y a gagné. Lorsque la loi arrive à un résultat que l'expérience a réclamé à un point

de vue pratique, ses imperfections scientifiques ne doivent pas arrêter le législateur. Sans doute le droit doit partir de conceptions logiques et concordantes. Mais ce n'est point une science absolue procédant par déductions rigoureuses. Son domaine embrasse non seulement le vrai mais l'utile; et pour atteindre ce dernier but, souvent le législateur recourt à la fiction et fait céder la logique devant l'intérêt général. Si le droit peut perdre comme œuvre d'art, il gagne toujours comme œuvre utile lorsqu'une réforme est tirée de ce fonds commun et toujours grossissant, l'expérience de l'humanité.

POSITIONS.

DROIT ROMAIN.

I. Le tuteur d'un pupille peut aliéner à titre onéreux.

II. La *justa causa traditionis* consiste dans un contrat ou un fait juridique par suite duquel nous voulons transférer et acquérir.

III. La quasi-tradition n'est pas nécessaire pour la constitution des servitudes. Elles peuvent s'établir par simple pacte.

IV. Les lois 36 D. l. 41, t. 1 et 18 pr. D. liv. 12, t. 1, sont inconciliables.

V. La loi 37, § 1, D. 41, 1, est en contradiction avec la loi 13 D. 39, 5.

VI. Le § 43 I. l. 2, t. 1, ne se rapporte pas à la même hypothèse que la loi 63 D. l. 3, t. 3.

VII. La tradition d'une chose *mancipi* faite par un pérégrin à un citoyen romain transfère le domaine quiritaire.

DROIT FRANÇAIS.

I. Les légataires même à titre particulier du vendeur ne peuvent opposer à l'acheteur le défaut de transcription.

II. Un sous acquéreur, pour être à l'abri des droits que peut conférer l'aliénateur originaire, doit faire transcrire non seulement son propre titre, mais encore celui de ses auteurs.

III. Le défaut de transcription ne peut être opposé au premier acquéreur par un deuxième qui a colludé avec l'aliénateur ; mais la simple connaissance que ce deuxième acquéreur a eue de l'aliénation ne peut l'empêcher d'opposer le défaut de transcription.

IV. Lorsqu'un créancier a saisi l'immeuble de son débiteur avant ou après la vente, s'il est chirographaire, il ne peut que faire annuler l'acte comme fait en fraude de ses droits et, s'il est

hypothécaire, exercer son droit de suite vis-à-vis du tiers acquéreur, quand même la transcription de la saisie a précédé celle de la vente.

V. Les créanciers et légataires qui demandent la séparation du patrimoine du défunt d'avec celui de l'héritier peuvent faire inscrire leur droit après la transcription de l'aliénation, pourvu qu'ils se trouvent encore dans les six mois à compter de l'ouverture de la succession.

VI. Un donataire peut opposer à un donataire antérieur le défaut de transcription.

VII. Le défaut de transcription des donations ne peut être invoqué par les héritiers du donateur.

VIII. Le vendeur ne peut conserver son privilège par une inscription ou par la transcription opérée après la faillite déclarée de son acheteur.

HISTOIRE DU DROIT.

I. Dans l'ancien droit la donation était considérée comme un contrat.

II. Une personne qui a eu connaissance d'une donation non insinuée n'est point exclue du droit d'opposer le défaut d'insinuation.

DROIT DES GENS.

I. Les tribunaux français civils seuls, à l'exclusion des tribunaux de commerce, sont compétents pour déclarer exécutoires en France les jugements émanés de tribunaux étrangers, alors même que ces jugements prononcent sur des contestations commerciales.

II. Un Etat neutre viole la neutralité lorsqu'il laisse construire dans ses ports par le commerce des navires de guerre destinés aux belligérants.

DROIT PÉNAL.

I. La condamnation par contumace n'entraîne pas l'interdiction légale.

II. En cas de bigamie, les tribunaux criminels sont toujours compétents pour vérifier l'existence ou la validité des deux mariages.

Vu par le président de la thèse :

C. BUFNOIR.

Vu par le doyen :

G. COLMET-D'AGE.

*Vu et permis d'imprimer,
le vice-recteur de l'Académie de Paris :*

GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES.

PREMIÈRE PARTIE.

DROIT ROMAIN.

I. — INTRODUCTION.

	Pages.
1. La propriété ne se transférait pas par le seul consentement en droit romain. <i>Mancipatio, cessio in jure, traditio</i>	5

CHAPITRE PREMIER.

DÉFINITION. — DOMAINE DE LA TRADITION.

2. C'est un mode d'acquisition du droit des gens. Conséquences	6
3. Domaine de la tradition.	7
4. Domaine bonitaire et <i>dominium ex jure Quiritium</i>	8

CHAPITRE II.

ÉLÉMENTS DE LA TRADITION. — SES PROCÉDÉS.

5. Eléments de la tradition	9
6. Remise du <i>corpus</i>	9

	Pages.
7. Tradition de longue main	10
8. Tradition dite <i>symbolique</i>	11
9. Constitut possessoire	12
10. Objections soulevées contre le constitut posses- soire.	13
11. Constitut possessoire tacite	15
12. Tradition dite fictive	15
13. Tradition <i>brevi manu</i>	16

CHAPITRE III.

DÉVELOPPEMENT DE L'ÉLÉMENT INTENTIONNEL AU POINT DE VUE DE LA *justa causa*. — ERREUR.

14-15. Détermination de la <i>justa causa</i> . Controverse.	18
16. Différents cas d'erreur. Erreur <i>in ipso corpore rei</i> . Erreur consistant en ce que celui qui livre ne sait pas être propriétaire. Erreur au sujet de la nature du contrat. Textes de Julien et d'Ulpien. Controverse	22

CHAPITRE IV.

TRADITION FAITE EN EXÉCUTION D'UN CONTRAT DE VENTE.

17. Paiement du prix	29
18. Satisfactions équivalant au paiement du prix. .	30
19. La condition résolutoire n'est pas sous-entendue en droit romain	31

CHAPITRE V.

PERSONNES QUI ONT QUALITÉ OU CAPACITÉ POUR FAIRE OU RECEVOIR
UNE TRADITION TRANSLATIVE DE PROPRIÉTÉ.

	Pages.
20. Pour que la tradition soit translativ de propriété, il faut que le <i>tradens</i> soit propriétaire . . .	32
21. Exceptions à la règle	32
22. Créancier gagiste. Fisc	33
23. Créancier hypothécaire	33
24. Curateur d'un <i>furiosus</i>	34
25. Le tuteur d'un pupille peut-il aliéner à titre onéreux ? Controverse	34
26. Le <i>tradens</i> doit avoir non seulement la jouissance de son droit, mais encore l'exercice . . .	36
27. Du fou	36
28. Du pupille. Du cas où il a fait un <i>mutuum</i> . . .	36
29. Du prodigue.	38
30. Le mari, quoique <i>dominus dotis</i> , ne peut aliéner le fonds dotal. <i>Quid</i> dans le cas où cet immeuble a été estimé. <i>Quid</i> dans le cas où cet immeuble dotal non estimé a été aliéné par le mari ? . . .	38
31. Capacité du mineur de vingt-cinq ans. Du cas où il a et de celui où il n'a pas de curateur . . .	39
32. Il faut que l'accipiens soit capable d'acquérir . .	41
33. Incapacités générales. Fils de famille qui n'a point de pécule. Esclave sans maître	41
34. Fou et pupille <i>infans</i>	41
35. Le pupille <i>infantia major</i> peut-il recevoir une tradition sans l' <i>auctoritas</i> de son tuteur ? Controverse	42
36. Incapacités particulières	44

	Pages.
37. La tradition peut-elle être faite par l'intermédiaire d'un tiers	45
38. <i>Tradition faite à un mandataire.</i>	47
39. Le mandant peut acquérir la possession par le mandataire. Raisons de cette décision	47
40. Lorsque le <i>tradens</i> et le mandant ont l'intention réciproque d'aliéner et d'acquérir, doit-on tenir compte de l'intention du mandataire qui a voulu acquérir pour lui ? Textes de Julien et d'Ulpien. Ils sont inconciliables	49
41. Que faut-il entendre par ces expressions de Nératius : « <i>Dominium acquiritur etiam ignoranti.</i> »	51
42. Exceptions au principe. Gérant d'affaires. La ratification opère-t-elle rétroactivement ? . . .	52
43. <i>Tradition faite par un mandataire</i>	54
44. Tout mandataire ne peut pas aliéner. Discussion au sujet du mandataire <i>cum libera administratione</i>	55
45. <i>Tradition faite à une personne en puissance</i> . .	57
46. Acquisition de la propriété et de la possession par le fils de famille	58
47. Personnes <i>in manu</i> et <i>in mancipio</i>	59
48. Esclave. <i>Quid</i> lorsque l'esclave est commun entre plusieurs maîtres ?	60
49. De l'acquisition de la possession par l'esclave. Conditions exigées du maître. Esclave fugitif. <i>Quid</i> quand il s'agit du pécule de l'esclave ? . .	61
50. Esclaves dont on a l'usufruit ou l'usage . . .	64
51. Personnes libres possédées de bonne foi comme esclaves.	67
52. Tradition à une personne incertaine	68
53. A ce cas de <i>traditio incertæ personæ</i> faut-il assimiler, comme Justinien, la <i>derelictio</i> d'une chose .	

	Pages.
dont quelqu'un vient à s'emparer? N'y a-t-il pas là plutôt un cas d'occupation?	69
54. Autre cas de tradition <i>incertæ personæ</i>	71

CHAPITRE VI.

CHOSSES SUSCEPTIBLES DE TRADITION.

55. Choses <i>mancipi</i>	72
56. Fonds provinciaux	73
57. La chose doit être corporelle. Servitudes	73
58. Quasi-tradition	74
59. Comment s'opère cette quasi-tradition? Servi- tudes prédiales	74
60. 61. Positives et négatives	75
62. Servitudes personnelles. En droit prétorien, l'u- sufuit peut être constitué par la tradition	76
63. Une servitude constituée par des pactes et des stipulations donne-t-elle un droit réel? L'affirma- tive résulte des textes	76
64. Superficie	85

CHAPITRE VII.

MODALITÉS QUI PEUVENT INTERVENIR DANS LA TRADITION.

65. Influence que peut exercer une condition sus- pensive ou résolutoire sur les effets de la tradition.	85
66. A. — <i>Tradition faite sous une condition suspen- sive</i>	86
67. Le <i>tradens</i> conserve-t-il la possession après cette tradition?	86
68. Quels droits lui restent?	86
69. Lorsque la condition est accomplie, elle ne pro- duit pas d'effets rétroactivement	87

	Pages
70. B. — <i>Tradition faite sous une condition résolutoire. Quels sont les effets de cette tradition pendente conditione ?</i>	87
71. Pactes dans lesquels ces conditions étaient insérées	88
72. Le droit de l'acheteur subsiste dans toute sa plénitude, malgré l'insertion de la condition. A l'arrivée de la condition, il n'est tenu que d'une action personnelle envers le vendeur	88
73. Opinion de quelques romanistes qui ont soutenu qu'à l'époque classique, la propriété pouvait être transférée <i>ad tempus</i>	89
74. Dans le dernier état du droit <i>revendication utile</i>	92
75. De l'effet de la résolution sur les droits conférés par l'acheteur et par le vendeur	93
76. Les droits conférés par le vendeur et l'acheteur <i>pendente conditione</i> ne sont pas valables ou anéantis rétroactivement	93
77. Conclusion	94

SECONDE PARTIE.

DROIT FRANÇAIS.

1-19. Introduction historique.	97
1-5. Principe du Code civil sur la transmission de la propriété par l'effet des obligations. Deux restrictions ont été apportées à ce principe : la première	

	Pages.
par le Code civil pour les donations entre-vifs de biens susceptibles d'hypothèque ; la deuxième par la loi du 23 mars 1855 pour tous actes entre-vifs translatifs de propriété immobilière. Le principe du Code subsiste toujours. Il s'agit seulement de déterminer à l'égard de quelles personnes la transmission de la propriété immobilière est sans effet tant que la transcription n'a pas été faite, en suivant la formule de l'art. 941 du Code civil et celle de l'art. 3 de la loi du 23 mars 1855.	97
5-7. But de la transcription. Insuffisance de la tradition au point de vue de la publicité. Distinction déjà proposée par Pothier entre les effets de la tradition réelle et ceux de la tradition feinte . . .	99
7-9. L'origine de la transcription des donations se trouve dans l' <i>insinuation</i>	99
10-13. En dehors des donations, l'origine de la transcription comme moyen d'assurer la publicité des transmissions de propriété immobilière se trouve dans la loi du 11 brumaire an VII. Les rédacteurs du Code consacrent la transcription pour les donations en la limitant au cas où la transcription était prescrite par la loi de brumaire. D'un autre côté, par la sanction de cette transcription, ils semblent s'inspirer des règles suivies dans l'ancien droit en matière d'insinuation. La loi de 1855, au contraire, se rattache à la loi de brumaire dont elle s'approprie la formule en l'élargissant. . . .	103
14-16. Qu'il s'agisse d'un acte à titre onéreux ou entre-vifs, par l'effet du contrat la propriété passe à l'acquéreur. Différence à cet égard avec les effets de la tradition romaine et avec les systèmes législatifs qui feraient de la formalité de publicité	

	Pages.
une condition du déplacement de la propriété	107
17. Examen de l'opinion qui interpréterait l'art. 941 du Code par l'art. 26 de la loi de brumaire. . .	110
18. Art. 3 de la loi de 1855. Examen et critique de la formule suivant laquelle la propriété est transférée entre les parties avant la transcription, à l'égard des tiers seulement par la transcription . .	111
19. Division générale	114

CHAPITRE PREMIER.

RAPPORTS DE L'ACQUÉREUR ET DU DONATAIRE AVEC LES AYANTS CAUSE DE L'ALIÉNATEUR.

20-21. I. Ayants cause universels ou à titre universel en conflit avec un acquéreur à titre onéreux . .	115
22. Les ayants cause par acte entre-vifs des héritiers peuvent-ils opposer à l'acheteur le défaut de transcription?	116
23. Ayants cause universels ou à titre universel en conflit avec un acquéreur à titre gratuit. Controverse	117
24. II. Ayants cause à titre particulier. Conflit entre deux acquéreurs à titre onéreux du même immeuble	121
25. Entre deux acquéreurs, l'un à titre onéreux, l'autre à titre gratuit.	122
26. <i>Quid</i> dans le cas où ni l'acheteur ni le donataire n'ont transcrit?	124
27. Conflit entre deux acquéreurs à titre gratuit . .	124
28. Conflit entre un acquéreur à titre onéreux et un légataire particulier	127
28 bis. Conflit entre un légataire à titre particulier et un acquéreur à titre gratuit.	128

	Pages.
29. Conflit entre l'acquéreur de la propriété et les acquéreurs de droits réels autres que l'hypothèque	129
30. 1° Créancier antichrésiste	129
31. 2° Acquéreur d'un droit de servitude, d'usage et d'habitation	130
32. L'emphytéose doit-elle être comptée au nombre des droits réels ?	130
33. L'acte de transmission d'une mine doit être transcrit	131
34. Conflit entre l'acquéreur à titre onéreux ou à titre gratuit et les créanciers hypothécaires et privilégiés de l'aliénateur	131
35. Délai qui leur était accordé pour s'inscrire : sous l'empire du Code civil	132
36. Sous l'empire du Code de procédure	132
37. Discussion qui s'éleva à ce sujet en 1855. Il fut décidé que la transcription arrêterait le cours des inscriptions	133
38. Hypothèque conventionnelle	133
39. Hypothèque judiciaire. Du cas où un conflit s'élève entre un créancier chirographaire à l'époque de l'aliénation, mais qui a obtenu une hypothèque judiciaire avant la transcription	134
40. Créanciers à hypothèque légale.	136
41. Créanciers privilégiés de l'art. 2101	137
42. Architectes, entrepreneurs et ouvriers	137
43. L'acquéreur ou le donataire peuvent-ils se trouver en conflit avec les créanciers et légataires qui demandent la séparation du patrimoine du défunt d'avec celui de l'héritier ? Ceux-ci peuvent s'inscrire, même après la transcription, dans les six mois de l'ouverture de la succession. Mais ils n'ont de droit que sur le prix.	139

	Pages.
44. Exception établie par la loi de 1855 en faveur du vendeur et du copartageant	142
45. Il est inexact de dire que le vendeur n'est dessaisi que par la transcription. Examen et critique des systèmes de MM. Pont et Valette	143
46. Du cas où un créancier privilégié ou hypothécaire pratique une saisie postérieurement à l'aliénation d'un immeuble, mais antérieurement à sa transcription. Cette saisie ne le rend pas un tiers dans le sens de la loi du 23 mars 1855	147
47. Conflit entre l'aliénateur et les créanciers chirographaires de l'aliénateur	150
48. Du cas où l'aliénateur est tombé en faillite avant la transcription de l'aliénation.	150
49. Du cas où le créancier chirographaire a pratiqué une saisie des fruits avant la transcription de l'aliénation	153
50. Lorsque le créancier chirographaire a pratiqué une saisie entre l'aliénation et la transcription, il ne passe pas néanmoins dans la catégorie des tiers qui peuvent opposer à l'acquéreur à titre onéreux le défaut de transcription	153
51. Conflit entre un acquéreur et le preneur à bail	157
52. A quel moment commencent à courir les dix-huit années de bail opposables à l'acquéreur?	159
53. Le bail emphytéotique doit-il être transcrit?	160
54. Conflit entre l'acquéreur d'un immeuble et le cessionnaire de loyers ou fermages non échus	161

CHAPITRE II.

RAPPORTS DE L'ALIÉNATEUR AVEC LES AYANTS CAUSE DE L'ACQUÉ- REUR.

	Pages.
55. L'aliénateur a cessé d'être propriétaire vis-à-vis de l'acquéreur avant la transcription. Conséquences de ce principe	162
56. <i>Quid</i> en cas de résiliation ?	163
57. Du conflit qui peut s'élever entre le vendeur et les ayants cause de l'acquéreur	166
58. Le vendeur peut-il, même après la faillite déclarée de son acheteur, faire inscrire son privilège ou transcrire ?	167
59. <i>Quid</i> en cas de décès de l'acheteur et d'acceptation de sa succession sous bénéfice d'inventaire ?	170
60. De l'action en résolution et des modifications qui y ont été apportées par la loi du 23 mars 1855 .	170
61. Dans les deux cas précédemment cités, le vendeur a-t-il aussi perdu son action en résolution ?	174
62. Conflit entre l'aliénateur et les ayants cause de l'acquéreur	175

CHAPITRE III.

RAPPORTS DES AYANTS CAUSE DE L'ACQUÉREUR AVEC LES AYANTS CAUSE DE L'ALIÉNATEUR.

63. Conflit qui s'élève entre l'acquéreur du vendeur originaire et un sous-acquéreur, lorsque ce dernier n'a fait transcrire que son propre titre antérieurement à la transcription de l'ayant cause du vendeur originaire	177
63 bis. <i>Quid</i> , si l'ayant cause du vendeur originaire	

	Pages.
achète avant le sous-acquéreur et fait néanmoins transcrire après lui?	181

CHAPITRE IV.

RAPPORTS DE L'ACQUÉREUR AVEC DES TIERS AUTRES QUE LES AYANTS CAUSE DE L'ALIÉNATEUR.

64. Conflit entre l'acquéreur et un possesseur sans titre	184
65. L'Etat n'est pas un tiers qui puisse opposer à l'acquéreur le défaut de transcription	184
66. Conflit entre l'acquéreur d'un <i>non dominus</i> et le <i>verus dominus</i>	185
67. Conflit entre l'acquéreur et le tiers revendiquant qui obtient un jugement favorable entre l'aliénation et la transcription	188

CHAPITRE V.

DES FINS DE NON-RECEVOIR QUI PEUVENT ÊTRE OPPOSÉES AUX PERSONNES ADMISES EN PRINCIPE A OPPOSER LE DÉFAUT DE TRANSCRIPTION.

68-69. La simple connaissance de l'acte non transcrit ne suffit point à rendre l'acquéreur non recevable à opposer le défaut de transcription	189
70. <i>Quid</i> dans le cas où le second acquéreur a colludé avec l'aliénateur?	192
71. Les personnes chargées de faire opérer la transcription ne peuvent point opposer le défaut de cette formalité	193
72. <i>Quid</i> de leurs ayants cause?	193
73. <i>Id.</i>	195
74. Lorsque l'acquéreur n'a pas fait transcrire, peut-	

	Pages.
il invoquer la prescription pour couvrir le défaut de transcription ?	198
75. Le défaut de transcription peut être couvert par la possession de trente ans, soit qu'un acquéreur ait possédé pendant ce temps, soit qu'il ajoute à sa possession celle de son auteur.	198
76. Conclusion	199

